# الجزء الثالث من شرح ابن الحاجب

لابن عبد السلام الهواري

وفيه كتاب الجهاد ومن كتاب النكاح

٣٣٢٥
٣٤٣٤٢
٩
٧٢١

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم
قوله الجهاد اصله في اللغة التعب والمشقة وفي الشريعة على اتعاب
النفس في مقاتلة العدو ومرتبته في الشرع عظيمة ولذلك كان الامر بالمعروف
والنهي عن المنكر الذي هو احد قوله [illegible] احد انواع الجهاد وكتاب الله تعالى
وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم مشحونان بذلك وما قال المولف انه واجب على
الكفاية بالاجماع فالصواب ان [illegible] فيه انه مذهب الجمهور وقد حكي عن ابن المسيب
وابن شبرمة وغيرهما انه فرض عين وحكي عن سحنون انه سنة وليس بفرض وقال
طاوس السعي على الاخوات افضل منه غير انهما قولا لا يعتد بهما وردهما ما
نص عليه الجمهور وقد قال تعالى لا يستوي القاعدون من المومنين غير اولي الضرر الاية
وقال تعالى وما كان المومنون لينفروا كافة وهما ظاهران او نصان في ان الجهاد
ليس بفرض عين **وقوله** وقد جاهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الثانية من
الهجرة غزوة بدر هذا الفصل [illegible] المولف فيه ابن بشير ومقصوده
بذلك بيان مرتبة الجهاد في الدين لمواظبة رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه من حين
هاجر وبعد الهجرة بعام الى ان توفي الا ان الاليق عن اراد بهذا المعنى ان يذكر جميع
غزوات النبي صلى الله عليه وسلم وسراياه وبعوثه وما قاتل بنفسه فيها واكثر
ما رايت في ذلك ما ذكره القاضي الخطيب الحافظ الشهيد ابو الربيع سليمان بن سالم
الكلاعي في كتابه ونصه وكان جميع ما غزا رسول الله صلى الله عليه وسلم
بنفسه سبعا وعشرين غزوة غزوة ودان وهي غزوة الابواء ثم غزوة
بواط من ناحية رضوى ثم غزوة العشيرة من بطن ينبع ثم غزوة بدر الاولى
يطلب كرز بن جابر ثم غزوة بدر التي قتل الله تعالى فيها صناديد قريش
ثم غزوة بني سليم حين بلغ الكدر ثم غزوة السويق يطلب ابا سفيان بن حرب
ثم غزوة غطفان وهي غزوة ذي امر ثم غزوة بحران معدن بالحجاز ثم غزوة
احد ثم غزوة حمراء الاسد ثم غزوة بني النضير ثم غزوة ذات الرقاع من نخل
ثم غزوة بدر الاخرة ثم غزوة دومة الجندل ثم غزوة الخندق ثم غزوة
قريظة ثم غزوة بني لحيان من هذيل ثم غزوة ذي قرد ثم غزوة بني المصطلق

من خزاعة ثم غزوة الحديبية لا يريد قتالا فصده المشركون ثم غزوة خيبر ثم
عمرة القضاء ثم غزوة الفتح ثم غزوة حنين ثم غزوة الطائف ثم غزوة تبوك
قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم في تسع منها بدر واحد والخندق وقريظة
والمصطلق وخيبر والفتح وحنين والطائف وهذا الترتيب عن ابن اسحق وخالفه
ابن عقبة في بعضه وكانت بعوثه صلى الله عليه وسلم وسراياه ثمانية وثلثين
بين بعث وسرية انتهى ما نقلته من كلام ابي الربيع رحمه الله تعالى ولفظة
الثانية من قول المولف وقد جاهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الثانية نعت
لمحذوف تقديره في السنة الثانية وما عطفه بعد ذلك بثم مخصوص بالسنة
الثالثة ولذلك اتى بهذا الترتيب مهما اتى بثم ينوي السنة التي تلي ما قبلها واذا
عطف بالواو وقارنها فهو مشارك في السنة التي دخلت عليها ثم فان قلت
قد عددت غزوات النبي صلى الله عليه وسلم ولم تذكر فيها غزوة المريسيع التي
ذكرها المولف قلت هي غزوة بني المصطلق التي تقدم ذكرها وهم من
خزاعة والمريسيع ماء من مياههم وكانت في سنة ست في شعبان منها
ولولا الاطالة لذكرنا ما قيل في زمن كل واحدة من هذه الغزوات
**وقوله** وقول المولف وتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد حجة لا بيان
فيه للزمان الذي مات فيه غير ما تعطيه لفظة بعد من القرب عرفا بعد
لا [illegible] وقد اتفقوا انه صلى الله عليه وسلم توفي يوم الاثنين من ربيع الاول قال
الراوي وهو مذهب الاكثرين ان ذلك اليوم هو الثاني عشر وذلك غير
صحيح لاجماع المسلمين ان وقوف النبي صلى الله عليه وسلم بعرفة في حجة الوداع
[illegible] الجمعة تاسع ذي الحجة من سنة عشر فيكون اول ذي الحجة
هو يوم الخميس لا يخلو اذو الحجة هذا ومحرم بعده من علم احد عشر وصفر
بعده اما ان تكون كلها من ثلاثين او من تسعة وعشرين تسعة
وعشرين او اثنان منها ثلثون ثلثون وواحد تسعة وعشرون او العكس وكيفما
[illegible] فلا يكون يوم الاثنين الثاني عشر نعم ذكر الطبري عن علماء الحجاز
انه صلى الله عليه وسلم توفي نصف النهار يوم الاثنين لليلتين مضتا من شهر

ربيع الاول وهذا ممكن بناء على ان الاشهر المذكورة كلها تسع وعشرون
تسع وعشرون وقال الخوارزمي انه صلى الله عليه وسلم توفي يوم الاثنين
اول يوم من ربيع الاول وهذا اقرب من قول الطبري لان اتفاق النقص على
ثلثة اشهر قليل وقول المولف المقاتل ويتعين على كل من نزل بهم الى قوله
يعني ان الجهاد وان كان واجبا على الكفاية الا انه ربما يتعين في بعض
الاحوال وهذا صحيح كما يجري في غيره من فروض الكفاية كالامر
بالمعروف والنهي عن المنكر والقيام بامر الموتى الا ان هذه المسلة لا يليق
ذكرها بهذا الفصل والاليق ان تذكر عقيب قوله اولا واجب على الكفاية
بالاجماع ثم يقول وقد يتعين على كل من نزل بهم ثم يذكر وهذا الفصل من
يخاطب بفرض الكفاية الذي هو حكم الجهاد من حيث هو جهاد اذا لم تكن
هناك معارض والذي يخاطب به هو الحر الصحيح وقد ذكر المولف انه يتعين
بحالين الاولى منهما ان ينزل العدو بقوم وفيهم قوة عليهم وهو صحيح ولذلك
قوله فان عجزوا تعين على من قرب منهم اي ان يعينهم حتى يكتفوا وهذا ما
لم يخف من يليهم معرة العدو فان خافوا ذلك بامارة ظاهرة فليلزموا اماكنهم
قاله سحنون وحكي نحوه عن الاوزاعي وسفيان والحال الثانية ان يعين الامام
طايفة لقتال العدو فيجب عليهم طاعته لقوله صلى الله عليه وسلم لا هجرة
بعد الفتح ولكن جهاد ونية واذا استنفرتم فانفروا ولانه لو لم يتعين
بتعيين الامام لادى الى التخاذل عن قتال العدو واستيلايه على المسلمين
وهو نقيض ما لاجله فرض الجهاد واما قول المولف مطلقا فمعناه ان الذين
يعينهم الامام لقتال العدو تجب عليهم طاعته سوا كانوا هم المجاورين
للعدو او غيرهم لان الامام اعلم بمصلحة الجهاد من غيره ويحتمل ان يريد المولف
بالاطلاق عدم التفصيل بين من يسقط عنه فرض الجهاد بمنع ابويه
او احدهما على الخلاف والذي في الاجداد او منع رب الدين مديانه من
الجهاد وبين من لا يسقط باحد هذه الموانع فكانه يقول يجب طاعة الامام
على من عينه لذلك سوا كان له مانع او لم يكن والاحتمال الاول اظهر لانه

القرب

٢

القرب من العدو وجري ذكره في كلام المولف ولم يجر له ذكر لهذه الموانع
ذكر **وقوله** والقوة ان يكون العدو الى الضعف لما جري في كلامه
اولا ذكر القوة وجعلها شرطا في تعين الجهاد احتاج الى تفسيرها ولاسيما
مع وجود الخلاف فيها وذكر في ذلك قولين احدهما ان يكون العدو مثلي عدد
المسلمين فدون من غير نظر الى جلد وسلاح وهذا القول هو المعروف في المذهب
والثاني ان يكونوا مثليهم في الجلد وكثرة السلاح وهو قول ابن الماجشون
وروايته عن مالك واختيار ابن حبيب والقول الاول اقرب الى قوله تعالى فان تكن
منكم مائة صابرة الاية قال اللخمي ولا اعلم انهم اختلفوا انه متى جهل منزلة
بعضهم من بعض في القوة انهم يخاطبون بالعدد يريد ان هذا الاتفاق مما يقوي
القول الاول لانه اذا احمل اللفظ في هذه الصورة على الحقيقة وجب حمله في
ساير الصور على ذلك الا بدليل ولا دليل فان قلت ظاهر كلام المولف
انه فسر الشي بنفسه الا تراه قال في تفسير القوة وقيل قوة وجلد فذكر
القوة في تفسير القوة قلت لما قرر القوة الثانية بلفظ الجلد صار كانه
فسر القوة الاولى بالجلد وهو لو قال والقوة هي كثرة العدد وقيل قوة الجلد
لما كان مفسرا للشي بنفسه فكذلك هذا **وقوله** فيحرم الفرار
الا متحرفا او متحيزا يعني اذا وجب الجهاد لوجود القوة على احد القولين
او عليهما معا حرم الفرار لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا لقيتم الذين كفروا
زحفا الاية فاستثنى المتحرف للقتال والمتحيز الى فية وهو في الاية
حسن جدا لان الاستثنا فيها بعد قوله لقيتم واللقا متاخر عن وجوب
الجهاد وليس كذلك في كلام المولف لانه من وجوب الجهاد السابق
على الملاقاة وبالجملة ان استثنا الانحراف والتحيز من القتال والملاقاة احسن
من استثنايهما من تعين الجهاد ووجوبه قال المفسرون المتحرف المذكور في
الاية الكريمة هو الذي يري العدو من نفسه الانهزام وليس مقصوده
الانهزام حتى يتبعه العدو فيكر عليه وهي احدى المكايد في الحرب
واما المتحيز الى فية فقال مالك وجماعة غيره هو الرجوع الى الامير او الجماعة

يكونون قريبا منه كانحياز الرجل الى ولي الجيش او السرية الى جيشها
واما ان تبعد الامير والجماعة عنه فلا يجوز ذلك وقال اخرون يجوز التحيز
سوا قربوا او بعدوا ومثله عن عمر رضي الله تعالى عنه انه قال انا فئة لكل
مسلم ومنهم من ذهب الى ان الفرار انما كان حراما يوم بدر وهو شذوذ
وعموم الاية يرده ومنهم من اوجب الثبوت على الجيش الذي يكون عدده
اثنا عشر الفا سوا زاد عددهم على ضعفهم او لم يزد وهو ايضا بعيد وليس في
قول المولف فيحرم الفرار بيان انه من الكبائر وقد ورد انه من الموبقات وقد
عده العلماء من الكبائر وهو كالنص في الاية قال ابن القسم لا يحل للناس ان
فراما منهم ان يفروا من مثلي عددهم قال ومن فر من الزحف وفر من المثلين لم
تقبل شهادته الا ان يتوب وتظهر توبته **وقوله** ويجب مع ولاة الجور
ايضا على الاشهر يعني انه اختلف هل يسقط فرض الجهاد مع ولاة الجور او لا
على قولين الاول منهما وهو الاشهر انه لا يسقط وهو الذي رجع اليه مالك
والثاني وهو مشهور ايضا انه لا يجاهد معهم وهو الذي كان مالك يقوله
ثم رجع عنه وروي عن الحسن انه يجاهد معهم ما لم يغدروا واحتج الجمهور
بوجهين الاول ما خرجه ابو داود من حديث انس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثلث من اصل الايمان الكف عمن قال لا اله الا الله لا تكفره بذنب ولا تخرجه
عن الاسلام بعمل والجهاد ماض منذ بعثني الله تعالى الى ان يقاتل اخر امتي
الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار لكن هذا
الحديث في سنده متكلم الوجه الثاني وهو الذي اشار اليه مالك في غير موضع
ارتكاب اخف المفسدتين وذلك ان في الغزو معهم على هذه الحال اعانة لهم
على الجور وفي ترك الغزو معهم خذلان الاسلام وتسبب في استعلاء العدو
عليه ولا شك في عظيم هذه المفسدة بالنسبة الى الاولى **وقوله** وفي
وجوب الدعوة ثالثها الا القريب يعني ان للاشياخ في نقل المذهب طرقا فمنهم
من قال ان المذهب وجوب الدعوة في حق البعيد ولا تجب في حق القريب ونفي
الوجوب هنا لا يستلزم نفي الاستحباب في بعض الصور وهذه هي الطريقة

الاولى الطريق الثانية ان المذهب على ثلثة اقوال الوجوب والسقوط والتفصيل
بين من بعد ومن قرب كالطريق الاولى الطريق الثالثة ان المذهب على اربعة
اقوال هذه الثلثة والقول الرابع الفرق بين الجيش الكثير فتجب في حقهم
وبين السرية والجيش الصغير فلا تجب وذكر ابن بشير هذه الاقوال
الاربعة روايات وقال اختلف الشيوخ في ضبط المذهب فاشار الى ما صرح به
المولف الا ان يحمل هذا الخلاف في الوجوب لا تساعده الروايات اذا تاملت
الفاظها وانما يقولون يدعى العدو واذا بعدت دارهم او على جانب تحامى وهو
يحتمل الاستحباب وربما صرحوا به والذي لا شك فيه انا اذا لم نعلم
حال العدو وهل بلغته الدعوة ام لا كانت الدعوة حينئذ مستحبة لان
الغالب بلوغها اليه فان انضاف الى هذا رجا اجابته ان دعي وجبت
الدعوة واما ان علمنا فلا شك في سقوطها ولا يبعد مثل هذا في السرية
على ان سحنونا نص على التسوية بين السرية وبين الجيش الكبير في سقوط
الدعوة ووجوبها وظواهر السنن تدل على سقوطها في السرية وما جرى
مجراها كما في قتل كعب بن الاشرف وابن الحقيق وغيرهما وامر رسول
الله صلى الله عليه وسلم عليا يوم خيبر بالدعوة وجاء ثلثا واختاره لا بعضهم
واما قول المولف وهي ان يدعوا الى الاسلام او الجزية فهو بيان لصفة الدعوة
فيطلب منهم اولا الاسلام فان ابوا طلب منهم اداء الجزية وظاهر
كلام المولف انهم يخيرون بين الامرين وليس كذلك قال بعض الشيوخ
واذا دعوا الى الاسلام فلا يلزم ان تبين لهم فصول الشريعة ثم اذا قوتل
العدو قبل الدعوة فقتل منهم احد فالمذهب سقوط الدية وقال الشافعي
تجب فيه دية الذمي وقال بعض القرويين من اهل المذهب لو تمسك هذا
المقتول بكتابه وامن بنبيه وبينا على حسب ما اقتضاه كتابه ولكنه
لم يعلم بانه قد بعث فقتل قبل الدعوة فان فيه الدية **وقوله** ولا يستعان
بالمشركين الظاهر قلت لم عدل المولف عن لفظ الكفار الى لفظ المشركين
وكان ينبغي ان يقول ولا يستعان بالكفار في القتال لان اليهود والنصارى لا يدخلون

في لفظ المشركين على مذهب الجمهور او يدخلون على قول ولكن المتبادر الى الفهم
غيره قلت لعله عدل الى ذلك لموافقة الحديث ففي الصحيح من حديث عايشة
قالت خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل بدر فلما كان بحرة الوبرة ادركه
رجل قد كان تذكر منه جراة ونجدة ففرح اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
حين راوه فلما ادركه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم جيت لاتبعك واصيب
معك قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم تومن بالله ورسوله قال لا قال فارجع
فلن استعين بمشرك قالت ثم مضى حتى اذا كنا بالشجرة ادركه الرجل فقال له
كما قال اول مرة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم كما قال اول مرة قال لا قال فارجع
فلن استعين بمشرك قالت ثم رجع فادركه بالبيدا فقال له كما قال اول مرة
تومن بالله ورسوله قال نعم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق واختلف
المذهب اذا خرج الكفار من تلقاء انفسهم هل يمنعون او لا فظاهر ما في سماع
يحيى انهم لا يمنعون وقال اصبغ يمنعون اشد المنع واما قول المولف الا ان يكونوا
نواتية او خدما فهو الذي نص عليه في المدونة وكتاب ابن حبيب قال ابن حبيب
ويستعملون في الرمي بالمجانيق وكره بعض اهل العلم المذهب رميهم بها قال ابن حبيب
ولا باس ان يتقوى بمن سالمه من الحربيين على من لم يسالمه منهم بالسلاح ويعين
ويامرهم بنكايتهم ولا باس ان يكون من سالمه منهم بحذا عسكره
وقربه ما لم يكونوا في داخل عسكره وحمل بعض اهل المذهب الحديث
المتقدم على انه مخصوص ببعض الازمنة والاصل عدم الخصوص وقد يحتج له بما
روي عن الزهري ان النبي صلى الله عليه وسلم استعان بناس من اليهود في حربه فاسهم
لهم لكن هذا الحديث مرسل والثاني مسند **وقوله** ولا باس ان يجعل
القاعد للخارج هذه مسئلة المدونة قال جائز لانه عليهم سد الثغور قال مالك وربما
خرج لهم العطاء وربما لم يخرج قال ولا ينبغي ان يجعل لمن ليس معه في ديوان ليغزو
عنه وقد كره مالك لمن في السبيل اجارة فرسه لمن يرابط به او يغزو عليه
كمن هو بعسقلان وشبهها فهو اذا اجر نفسه اشد كراهة ومعنى المسئلة
او لا ان الرجلين اذا كانا من ديوان واحد فان عين الامير احدهما فلا يجوز

لمن عين



لمن عين ان يجاعل غيره من اهل ديوانه الا باذن الامير سوا كان الثاني
مثل الاول في الشجاعة او لا لان الامام قد يرى في غيره راي هذا الجاعل
ولذلك عند ما اذا عين الامام طايفة او يقول يخرج بعض اهل الصيف فيريد
بعضهم ان يجعل لمن يعينه في الربيع فانه لا يجوز الا باذن الامير قالوا ويستحب
للامير اذا اجاعن يقوم مقامه ان ياذن له ويقرب من قول اهل المذهب في اصل
المسئلة قول ابي حنيفة وقال الشافعي لا يجوز ان يغزو بجعل ياخذه من
غيره وانما يجيز للسلطان لا غيره واحتج بان الجهاد فرض كفاية ويتعين
بفعله فلو اخذ على ذلك اجرا للزم منه اخذ الاجرة على الفرض وكره
الجعل غيره واحمد من المتقدمين **وقوله** ولا يسافر بالنسا الى العدو
انما قال ذلك خشية ان ينال العدو المراة فاذا كان جيش عظيم كان
الغالب السلامة وعلى هذا تاولوا ما جا في الاحاديث من خروج النسا في (صوابه سلمة)
الزمن الاول كما قدمنا من حديث عايشة وكانت ام سليم مع رسول الله صلى
الله عليه وسلم يوم حنين وكانت عايشة وحفصة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
في بعض غزواته وقال ابن عباس كان النسا يخرجن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وحديث ام حرام بنت ملحان مشهور في هذا
المعنى والاحاديث في هذا الباب كثيرة واجاز الاوزاعي في الجواري دون غيره
في الحراير وتقييد المولف هذه المسئلة بارض الكفار قد يوخذ منه ان ذلك جايز
في ارضنا مطلقا كالثغور وليس كذلك وانما اجازوه في الثغور المامونة قال
سحنون يخرج بهن الى المواضع المامونة الكثيرة الاهل كالاسكندرية
وتونس وشبك في سفاقس وسوسة قال واما غير هذه من سواحلنا فلا
يخرج بهن اليها ومثله لمالك **وقوله** ولا يسافر بالمصحف اليها حال يعني
انه لا يفصل في المصحف بين الجيش المامون وغيره كما في النسا وفرق
اهل المذهب بان المصحف قد يسقط من حيث لا يشعر به حامله فيناله العدو
بخلاف المراة فانها تذكر بنفسها وفي الصحيح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى ان يسافر بالقران الى ارض العدو خشية ان يناله العدو ويقرب من

هذا المعنى اختلاف مالك وابي حنيفة في جواز تعليم الكافر القرآن فاجازه
ابو حنيفة ومنعه مالك واجاز الجميع ان يقرأ عليه القرآن وان يبعث
اليهم بالكتب فيه آيات من القرآن والاحاديث بذلك كثيرة **وقوله**
واذا استوت الحال عند المغلوب في عطب الغرق يعني اذا تردد الامر في حق
المغلوب بين حالين والحال الاول كلاهما يظن فيه العطب فهل يجوز له
الانتقال عن حالة الى الحال الاخرى مثلها في العطب لانه فر من موت الى موت
او لا يفعل ذلك وينبني على حاله قولان والاول هو المشهور وهو مذهب المدونة
والثاني لابن القاسم في كتاب ابن المواز واختاره ابن المواز لان في انتقاله تسببا
لقتل نفسه وكانه في المشهور يرى ان الترك فعل او شبيه به واذا كان
كذلك فلا فرق بين بقائه او انتقاله واما قول المؤلف واذا رجا احدهما وجب عليه
فمعناه [illegible] سببا النجاة وجب عليه التلبس به فان كانت
حاله التي هو عليه [illegible] ان يبقى عليها وان كانت الاخرى وجب عليه
الانتقال اليها وصار [illegible] ولم يعني وجهه الا ان عبارة المفسرين في مثل هذه
المسألة فله [illegible] وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام اذا كانت احدى
الحالين يطول بقاؤه معها حيا اكثر من الاخرى تعين عليه الانتقال الى الاطول
وهو صحيح لان حفظ الحياة واجب ما امكن وذكر ابو الفرج عن مالك انه
لا حرج على من اطله العدو ان يلقي نفسه في البحر وظاهر هذه الرواية مخالف
لجميع ما تقدم مع قبولها للتاويل وذكر بعض المتاخرين عن ابن سحنون في قرية
حاصرهم العدو وجاعوا ولم يقدروا على القتال فطمعوا انهم لا يقتلون اذا
اسروا فليخرجوا للاسر والاصبروا حتى يموتوا جوعا ولا يخرجون فيقتلون
صبرا قال واعترض هذا ابو اسحق بان القتل صبرا اهون من الصبر للجوع
فهو كمن فر من موت الى موت اخف منه وهذا الذي حكاه عن ابن سحنون
انما نقله ابن ابي زيد انه من كلام سحنون في كتاب ابن سحنون وهو اشبه
باصل سحنون من اصل مالك وكيف ما كان فلا اعتراض عليه لما حكيناه
عن الشيخ عز الدين فان قلت قد اختلف قول مالك في جواز وقوف الواحد

او الجماعة

او الجماعة القليلة للجيش العظيم الذي يعلم انهم يقتلونهم لا محالة وروي عنه في حمل
الواحد على الجيش اخاف ان يكون القى بيده الى التهلكة قلت قد اختلف
قول مالك في ذلك والظاهر من اقواله ان ذلك انما يسوغ بشرطين ان يكون ذلك
الواحد يعلم من نفسه من الشجاعة ما يكون عنه نكاية للعدو وان قتل
وبشرط ان تتمحض النية لله تعالى لا لاظهار شجاعة واذا كان الامر على هذا
حصل منه ارهاب للعدو وهو احدى فوائد الجهاد ولم يكن من اتلاف
النفس بغير فائدة واما قول مالك في بعض الروايات عنه اخاف ان يكون القى
بيده الى التهلكة فقد ذكر الترمذي عن ابي عمران التجيبي قال كنا بمدينة
الروم فاخرجوا الينا صفا عظيما من الروم فخرج اليهم من المسلمين مثلهم
او اكثر وعلى اهل مصر عقبة بن عامر وعلى الجماعة فضالة بن عبيد فحمل
رجل من المسلمين على صف الروم حتى دخل فيهم فصاح الناس فقالوا سبحان الله
يلقي بيده الى التهلكة فقام ابو ايوب فقال يا ايها الناس انكم تتاولون
هذه الاية هذا التاويل وانما نزلت هذه الاية فينا معشر الانصار لما اعز
الله الاسلام وكثر ناصروه قال بعضنا لبعض سرا دون رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان اموالنا قد ضاعت وان الله تعالى قد اعز الاسلام وكثر
ناصروه فلو اقمنا في اموالنا فاصلحنا ما ضاع منها فانزل الله عز وجل على نبيه
صلى الله عليه وسلم يرد علينا ما قلنا وانفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بايديكم
الى التهلكة فكانت التهلكة الاقامة على الاموال واصلاحها
وتركنا الغزو فما زال ابو ايوب رضي الله عنه شاخصا في سبيل الله تعالى حتى
دفن بارض الروم فانت ترى سبب نزول الاية وقرينة قوله وانفقوا في
سبيل الله كيف ينفيا ان تحمل الاية على ما حملها الامام عليه ولولا الاطالة الكلام على [illegible]
والخروج عما نحن فيه لتممنا الاية من اقوال المفسرين وغيرهم **وقوله**
واذا ائتمن الاسير الخ معناه ان الاسير عند العدو اما ان يأتمنوه على شيء
او لا يأتمنوه والاول اما ان يكون فيما ائتمنوه عليه طائعا واما ان يكون
مكرها او لم يأتمنوه جاز له اخذ ما امكنه من اموالهم وهذا ان

الوجهان اعني الممكن على الامانة ومن لم يؤتمن وهما مراد المؤلف بقوله والاجارت
وهذه المسئلة مذكورة في المدونة وغيرها الا ان الذي في المدونة من كلام يحيى بن سعيد
ولم يفصل المؤلف في هذا المؤتمن عليه بين المال وبين نفس الاسير وظاهر كلامه
يقتضي انهم اذا ايتمنوه على نفسه وخلوه يذهب ويجي في حوايجه انه لا يهرب
وفي المذهب في ذلك ما ستقف على المهم منه ان شاء الله تعالى فان قلت لا نسلم
ان كلام المؤلف ظاهر فيما زعمت بل ظاهره يقتضي ان هذا الحكم مقصور على
المال لوجهين الاول ان المتبادر للذهن عند الاطلاق من لفظ الامانة انما هو المال
ما يكون بيد الامين غير نفس الامين والثاني ان قول المؤلف ويملكه قرينة
في ان كلامه انما هو فيما يتموله الاسير والاسير لا يتمول نفسه قلت
ان كان الامر على ما ذكرت فيكون كلام المؤلف قاصرا لعدم تعرضه لحكم
ما اذا اؤتمن على نفسه وذلك من المسائل المشهورة في المذهب كما لم يتعرض
لما اذا كان هذا الايتمان مقترنا بيمين فعن سحنون اذا اؤتمن على ماله ونفسه
فلا يهرب وعن مالك انه يهرب بنفسه ولا ياخذ من اموالهم شيئا وفي المبسوطة
ياخذ اموالهم ويقتل منهم ان قدر هكذا حكى بعضهم هذا القول عن المبسوطة
وفي نقله منها عسر على ما رايته فيها وفرق ابن المواز بين ان يكون ذلك امنا
وعهدا وبين ان يكون بيمين فاوجب الوفاء في الاول ولم يوجبه في الثاني في
لانها يمين على سبيل الاكراه ومن ساوى بينهما والزمه الوفاء فيهما اختلفوا هل
يقع عليه حنث ام لا والاقرب في هذا عدم اللزوم وجواز الهروب اما مع الاكراه
فظاهر واما مع الاختيار فلانه معاهدة على ما لا يجوز وهو بقاء المسلم مملوكا
تحت يد الكافر واما اموالهم فلا يبعد لزوم الوفاء بها ولا سيما ان كان ذلك
يعود منهم بشر على من بقي بايديهم من الاسرى قال بعض من الزمه الوفاء انهم اذا
خلوه على ان ياتيهم بمال من بلاد المسلمين فلم يقدر عليه انه اختلف هل يلزمه
الرجوع اليهم فعن اشهب وسحنون انه لا يلزمه ذلك ويكون ذلك المال دينا في
ذمته قال وعلى مذهب عبد الملك في الرهن بايدينا منهم يسلم انه يلزمه الرجوع
اليهم قال ابن المواز يستحب له ان يتصدق بما سرق منهم وخانهم وارى بعضهم

اذ لا يقدر



اذ لا يقدر على رد ذلك الى اهله قال بعض الشيوخ واختلف اذا زنا ببعض
نسائهم هل يحد على قولين واما قول المؤلف ويملكه فمعناه ان ما لم
يأتمنوه عليه او ايتمنوه على سبيل الاكراه فانه يجوز له اخذه ويملكه
ويحتمل ان يكون اراد بذلك نفي الخمس عنه ويكون قوله بعد هذا في الفرع
الذي يليه ولا خمس عائدا الى الجميع وفي العتبية انه لا خمس فيه للسلطان
لانه لم يوجف عليه وقال ابن المواز ان كان اسر من بلاد الاسلام فكذلك
وان كان اسر من بلاد العدو فانه يخمس لانه لم يصل الى بلاد العدو الا
بواسطة الجيش واستعين به عليهم **وقوله** ولذلك لمن اسلم منهم
وبان بمال غنيمة ولا خمس يعني ان من اسلم من العدو في بلادهم واتى الى بلادنا بمال
لاهل الكفر اخذه لهم قبل اسلامه او بعده فانه ملك له ولا خمس
وقد تقدم الان ان قول المؤلف ولا خمس يحتمل ان يكون مقصورا على هذا
الفرع ويحتمل ان يشاركه فيه الفرع الذي قبله ولم يذكر في المدونة
هذا الفرع مصرحا به وانما ذكر الاثر الذي يدل عليه مستشهدا به
على مسئلة اخرى ولفظه فيها قال ابن القسم ولو قدم الينا عبد لرجل من اهل
الحرب بامان فاسلم ومعه مال لسيده فالمال للسيد ولا خمس ولقد ترك
النبي صلى الله عليه وسلم للمغيرة اذ قدم مسلما مالا اخذه لاصحابه ذكر
هذا قبل قول يحيى بن سعيد المتقدم الان وذكر قول يحيى باثره وفي كلام
ابن القسم نظر وخالفه فيه اصبغ ولذلك في احتجاجه بالحديث المذكور
ولم نتعرض له ايثارا للاختصار ولعدم تعرض المؤلف له واما الحديث الذي
ينبني عليه الفرع الذي ذكره المؤلف فقد خرجه غير واحد وهو ان
المغيرة بن شعبة نزل هو واصحاب له بايلة فشربوا الخمر حتى سكروا
وناموا وهم كفار وقبل ان يسلم المغيرة فقام اليهم المغيرة فذبحهم
ثم اخذ ما كان لهم من شي فسار به حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاسلم المغيرة ودفع المال الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبره الخبر
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نخمس مالا اخذ غصبا فترك رسول

الله صلى الله عليه وسلم المال بيد المغيرة وذكره البخاري مجملا وقال فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اما الاسلام فاقبل واما المال فلست منه في شي وعند ابي
داود واما الاسلام فقد قبلنا واما المال فانه مال غدر لا حاجة لنا فيه **وقوله**
وتجب فدا المسلمين يعني ان العدو اذا اسروا احرارا من المسلمين فان فداه من ايديهم واجب
فالمصدر وهو فدا مضاف الى المفعول ولا شك ان القول بالوجوب هو المنصوص في المذهب
وان كان بعضهم صرح بوجود الخلاف في المذهب انه نافلة كما ان منهم من اراد رفع
الخلاف وانه واجب والصحيح وجود الخلاف تخريجا لا منصوصا عليه وقد قال تعالى
وما لكم لا تقاتلون في سبيل الله والمستضعفين الاية عوتبوا على عدم القتال
المستلزم لاتلاف النفوس والاموال وذلك يدل قطعا على وجوب بذل الاموال على
انفرادها والى هذه الحجة اشار الامام رحمه الله تعالى ثم قال بعض الشيوخ انه يبتدا
بالفداء من بيت المال ولو كان للاسير مال فان عجز عنه بيت المال كان على جميع
المسلمين والاسير كاحدهم فان ضيع هذا وجب عليه ان يفدي نفسه من ماله
قال اللخمي اري ان يبدا بمال الاسير فان لم يكن فبيت المال فان لم يكن او كان لا يتوصل
اليه فمن الزكوات على المستحسن من القول فان لم يكن فعلى جميع المسلمين على قدر
الاموال اذا كان ذلك لا يستغرق اموالهم وان كان يستغرقها وان كان
يستغرقها افتدي بجميعها والطريق الاول اقرب الى الاصول ولما لم ينبه المؤلف
على شي من هذا تركنا الاطالة فيه **وقوله** وفي المفاداة بالخمر ونحوهما
يعني ان المذهب اختلف في جواز مفاداة الاسرى من ايدي العدو بالخمر والخنزير
والة الحرب وما اشبهها على اربعة اقوال احدها الجواز بجميع ما ذكر وهو قول
سحنون والثاني المنع منه بجميع ما ذكر وهو قول ابن القسم والثالث جوازه بالخيل
والسلاح خاصة وهو ظاهر قول ابن الماجشون واشهب والرابع عكسه ولا اعلم
الان قايله والاقرب جواز ذلك مطلقا نظرا الى تعارض المفاسد وترجيح ارتكاب
اخفها على انه ربما تردد النظر اذا كان بايديهم اسير واحد من المسلمين وطلبوا
في فدايه من الة الحرب ما يجهزون به جيشا عظيما والنفس في هذا اميل الى
تركه بايديهم ولا سيما مع شدة الحاجة الى الالة والله تعالى اعلم **وقوله** وفي



وفي المفاداة باساري العدو المقاتلة قولان يعني انه اختلف المذهب على قولين
في جواز ان نعطيهم اسراهم الذين قاتلونا عوضا عن اسرانا الذين في ايديهم ولا شك
ان من منع المفاداة بالة الحرب انه يمنع المفاداة في هذا الفرع واما من اجاز فقد
يجيز وقد يتوقف والفقه في المسئلة ما تقدم من النظر الى اخف المفسدتين فيرتكب
على انه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم فادى بعض المسلمين ببعض بني ابي سفيان
ابن حرب كان المسلمون اسروه يوم بدر وقد انكر ابن حارث وجود الخلاف
في المفاداة بالاسرى **وقوله** ولا يرجع على الاسير الى اخره يعني ان الفداء
اذا كان من بيت المال او كان ببعض اساري العدو او كان قصد المفادي
بذلك الصدقة فلا رجوع على الاسير المفتدى مسلما كان او ذميا ولا خلاف
في هذا وشبهه في المذهب واما ان قصد المفادي الرجوع على الاسير او كانت
الحال تقتضي ذلك فالمذهب ان له الرجوع على الجملة وقال جماعة عظيمة من العلماء
لا رجوع على الاسير قال بعضهم الا ان يامره الاسير بالشراء فيرجع بهذا
المشتري وحده يريد انه لو اشتراه بغير امره لم يكن له رجوع والذي قاله ظاهر
لان الفداء من فروض الكفايات والاصل ان الفرايض لا يستحق عليها عوض ويستثنى
المامور لانه كالوكيل عن امره والله تعالى اعلم واما قول المؤلف وقيل الا من يمكن
بدونه وفيمن يرجى خلاصه فمعناه ان المفادي يرجع على الاسير في الوجوه المذكورة
بكل ما فداه به هذا هو المنصوص وقال بعض الشيوخ تستثنى من ذلك صورتان
احداهما ان يكون الاسير قادرا على التخلص باقل مما فدي به فلا يلزمه الا ذلك
الاقل ويسقط الزايد والصورة الثانية ان يمكن الاسير التخلص بغير شي فلا
يلزمه شي ويشترط في الصورتين جميعا عند هذا القايل ان تكون قدرة الاسير
على ما ذكر معلومة والذي قاله ظاهر **وقوله** وتتبع ذمته ان كان
فقيرا يعني انه حيث الزمنا الاسير غرم الفدا فلا فرق بين ان يكون مليا وبين
ان يكون فقيرا الا ان المليء يودي في الحال والفقير تتبع ذمته قال بعض الاندلسيين
لا رجوع على الفقير وما قاله ظاهر اذا كان الفادي يعلم فقر الاسير وقد تشبهوا
كثيرا من مسايل هذا الباب بمسايل هبة الثواب وقد علمت ما في هبة الغني

للفقير اذا قام بطلب الثواب عليها **وقوله** وفي رجوع المسلم الى الفر يعني
ان الاسير اذا فدي بخمر وشبهه كالميتة وكان فاديه اشترى ذلك
لاجل الفدا فان الفادي ان كان ذميا رجع بالثمن او بالقيمة وان كان مسلما
فقولان هذا معنى كلام المولف والمنصوص في المذهب عدم الرجوع ولا يوجد
القول بالرجوع الا ما قال الباجي وجعله محتملا على القول بجواز الفداء بذلك
قال الباجي وان كان مما يجوز للمسلم ملكه فان كان مما له مثل رجع على
الاسير بمثله وان كان مما لا مثل له رجع عليه بقيمته وفي الرجوع بالقيمة
نظر لان الفادي كالمسلف للاسير والسلف يقضى فيه بالمثل مطلقا سواء
كان من ذوات الامثال او من ذوات القيم قال سحنون ومن فدى خمسين اسيرا
ببلد الحرب وفيهم الملي والمعدم فان كان العدو قد عرف ذلك منهم فقسم عليهم
الفداء على تفاوت اقدارهم وان جهل العدو ذلك منهم قسم عليهم بالسواء وان
كان فيهم عبيد فهم سواء وسادتهم بالخيار بين ان يفدوهم او يسلموهم **وقوله**
فان كان قريبا مما لا يرجع على مثله في الهبة الى اخره معنى المسئلة ان الاسير اذا كان
قريبا لمن فداه بحيث انه لو وهب الفادي لذلك الاسير هبة وطلب منه ثوابها لم يقض
له عليه بثواب فهل للفادي حينئذ رجوع على قريبه هنا وفي ذلك ثلثة اقوال
الاول ليس له رجوع والثاني له ذلك والثالث التفصيل فان كان ممن يعتق عليه
فلا رجوع له عليه والا فله الرجوع ويعز وجود هذه الاقوال منصوصا
عليها في المذهب على الوجه الذي ذكره المولف واما الذي يحكيه غيره انه
ان كان يعتق احدهما على صاحبه فلا رجوع وان كان ممن لا يعتق عليه
فيفصل حينئذ بين ان يكون ممن يقضى له بالثواب في الهبة او لا نعم ذكر
بعضهم ان الخلاف فيه يتخرج من قول المغيرة في المكاتب يودي عمن معه
في الكتابة انه يرجع عليه كان ممن يعتق عليه او لا فعلى هذا يرجع
بالفدا مطلقا ومن قول اشهب في المكاتب لا يرجع الذي عليه وان كان ممن
لا يعتق عليه فعلى هذا لا يرجع عليه في الفداء مطلقا فهذان مخرجان والثالث
هو المنصوص واعلم ان الاصل بقاء الاملاك على ما هي عليه ولا تنتقل الا بموجب

فان كان

9

فان كان هنالك شرط او عادة بينة رجع اليه وان ظهر للقاضي تحليف
عند الاشكال فحسن وما عدى ذلك فلا يلزم الفادي فيه شي وليس بكلامهم
واما قول المولف الا ان يامره ملتزما على الاصح فهذا الاستثناء من تمام
القول الثالث ويتعدى بالمعنى الى القول الاول ومعناه انا اذا اسقطنا رجوع
الفادي على قريبه الاسير فان ذلك اذا لم يامره الاسير ملتزما للاداء رجع
عليه على الاصح عملا بمقتضى الشرط وبمقتضى الاصل وقيل لا رجوع له عليه
وهو ضعيف لما يلزم عليه من اطراح حكم الشرط لغير موجب وراى
بعض الشيوخ انا اذا احكمنا بالرجوع لمقتضى الشرط فانما ذلك في حق
غير الفقير واما الفقير فلا حكم للشرط الا ترى انه لو انفق على ابيه
المحتاج على شرط انه يرجع عليه فانه لا يوفى له بهذا الشرط وهذا الذي
قاله حسن في الاباء وممن تجب نفقته وحدهم ولا يتعدى لغيرهم من
القرابة اذا تاملته لسقوط النفقة واما قول المولف فان لم يكن
عارفا به رجع على الاصح فمعناه ان جميع ما حكيناه من عدم الرجوع
في القرابة انما هو اذا كان الفادي عارفا بقرابة الاسير واما ان فداه على
انه اجنبي ثم تبين بعد الفدا انه قريب فانه يرجع على اصح القولين
يعني ان العادة بعدم الرجوع انما هي مع العلم وهي مفقودة مع عدم العلم
والاصل بقاء المال في ملك ربه وهو ظاهر **وقوله** والزوجان كالقريبين
فلا رجوع على المشهور تصريح المولف بان المشهور في مسئلة الزوجين عدم الرجوع
لانهما كالقريبين يقتضي ان المشهور من الاقوال الثلثة في المسئلة المتقدمة
هو عدم الرجوع لانه اذا كان شبه القرابة مانعا من الرجوع فاحرى
ان يكون صريح القرابة مانعا وهو من محاسن اختصاره وانما عني
اكتفاء بذكر المشهور في هذا الفرع عن ذكره في تلك المسئلة لانه
لو عكس فذكره هنالك خاصة لم يفهم منه هنا هل المشهور الرجوع
او عدمه وكثيرا ما يفعله وقد تقدم لنا منه شي اول الكتاب
والمنصوص في هذا الفرع عدم الرجوع ولكن اشار سحنون وغيره الى

اجرايه على الخلاف هل يقضى بين الزوجين في الهبة بثواب ام لا والشيخ
ابو محمد عبد الحميد وغيره من محققي الشيوخ يقولون ان المسائل المبنية
على العوائد لا يخرج عليها مسائل اخرى اذ من الممكن ان تكون العادة
جرت بامر في صورة ما ولم تجر بمثله في نظيرها وما قالوه صحيح ومن
الممكن ان تسمح النفوس بالهدية دون الفدا ولا سيما ان الهدية
وكثرة الفدا **وقوله** واذا جعل الاسير لفاديه الى اخره يعني ان
الاسير جعل لمن يفديه جعلا غير ما يفديه به شبهه بجعل الطالب
الابق والمغصوب كما قال ان لا شيء له من ذلك الجعل واختار المتاخرون
ان يكون له ذلك الجعل او يقدر غايته منه ومثله لبعضهم ما يجعل لمن
يستخلص من ايدي اللصوص شيئا او ما يجعل لمخلصه وهو مما يجري
كثيرا ببلادنا في هذا الزمان واصول المذهب تشهد بجواز ذلك على الوجه
الذي ذكروه **وقوله** وفي كون الفادي احق الى اخره يعني ان الاسير
اذا فدي بمال وله مال قدم به من بلاد العدو ومال اخر تركه ببلاد الاسلام
وعليه ديون غير ما فدي به فهل يكون الفادي اولى بماله او يكون اسوة
الغرما اما المال الذي خرج به من بلاد العدو فالفادي اولى به وهو مراد
المولف بقوله بخلاف ما يكون معه اي فانه احق به من بقية الغرما واما
ما له ببلاد الاسلام فقال عبد الملك وسحنون هو ايضا اولى به وقال
ابن المواز انه اسوة الغرما واحتج عبد الملك وسحنون بما معناه ان ما لزم
ذمته بسبب الفدا كان كالمجبور عليه فهو اقوى من الذي لزمه لاجل
الغرما لانه كان باختيار وصوبه بعضهم وضعف قول ابن المواز بانه
تناقض فيه وذلك ان عبد الملك قال في ام الولد ان مشتريها من العدو اولى
بما في يدي سيدها من الغرما قال محمد صواب جيد والتناقض فيه ظاهر
الا بتكلف قال بعضهم واذا فرعنا على قول عبد الملك وسحنون فلمن ينوب
عن الاسير ان يفتدي اقتداه به ويبعث به الى بلاد العدو ولا مقال في
ذلك للغرما وفيه نظر **وقوله** واذا اختلف الاسير والفادي

قول

قول الاسير على الاصح ظاهر هذا ان القول قول الاسير في جميع الصور التي
يختلف فيها الاسير مع الفادي اعني سواء كان الخلاف فيها في اصل الفدا او في
مقداره او في جنسه على اني لم ار النقل للتفرقة في هذه المسئلة الا في اصل
الفدا او في المقدار قال ابن حبيب عن ابن القسم وابن الماجشون ومطرف واصبغ
اذا انكر الاسير الفدا جملة او انكر بعضه واتى بما يشبه فالقول قوله
سوا اخرجه من ارض الحرب او لا قال وقيل اذا اقر الاسير انه فداه بيده صدق
الفادي ويصير كالرهن في يديه وقال سحنون القول قول الفادي اذا كان
الاسير بيده فالذي يظهر من هذه الانقال انه ان لم يكن في يديه فالقول
قول الاسير وان كان في يديه فقولان واعلم ان القاعدة ان المدعي من
اراد اخراج ما في يد غيره والمدعى عليه من اريد اخراج ما في يديه فجعل هذا
القول قول الاسير لا تجري عليه الا ان يكون هناك مرجح خارج
**وقوله** القتال ان ... جعل المولف الترجمة للقتال وهو من
يجوز قتاله من العدو وثم ترك ... الكلام على الالة التي يكون بها القتال
وهو غير مناسب قلت لا نسلم ذلك بل تكلم عليه في هذه الترجمة
نعم قدم الكلام على الالة لان قتل المقاتل انما يكون بها وايضا فان من الالة
ما لا ياتي بها قتال المقاتل خاصة كالنار والماء والمجانيق وقطع الميرة
فان هذه امور تستعمل في الحرب وينال غير المقاتل منها ما ينال المقاتل فلاجل
ذلك قدم الكلام على الالة وقد ترك المولف مما كان ذكره في هذا الفصل
اولى واولا وهو الكلام على جواز قتال الحبشة والترك والمشهور من
المذهب جواز ذلك فاباح مالك في المدونة قتال الفزارنة وهم صنف من
الحبشة واباح ابن القسم غزو الترك وحكى ابن شعبان عن مالك لا تغزى
الترك ولا الحبشة لاثار وردت في ذلك لم يخرجها اصحاب الصحيح فمن صحت
عنده خصص بها العمومات الدالة على قتال جميع الكفار ومن لم تصح عنده
او صحت ولكن حمل النهي عن قتالهم على الارشاد الا ان قتال غيرهم في ذلك
الزمان اولى راي ان قتالهم في هذا الزمان مباح كقتال غيرهم من الكفار

انه ترك

وقوله ونقتل العدو بكل نوع الى قوله يعني ان العدو يجوز قتاله ومدافعته
بسائر انواع الحرب من رمي المجانيق وارسال الماء عليهم وقطع الميرة عنهم
واحراقهم بالنار وهذا اذا كان العدو في حصن او غار او ما اشبه ذلك
ولم تخالطهم ذرية ولا نساء ولا اسرى مسلمون قالوا ولا خلاف في المذهب في
ذلك الا في تحريقهم بالنار فان مالكا اجازه ومنعه سحنون ولعل هذين القولين
اللذين حكاهما المؤلف الا انه جعل محلهما اذا لم يخف من العدو وغيره اطلق
القولين وحكاية المؤلف احسن والله تعالى اعلم والاقرب في علة الخلاف المنع لنهي
النبي صلى الله عليه وسلم عن التعذيب بالنار فان كان العدو في سفينة على الوجه
الذي ذكرناه في الحصن لم تخالطهم غيرهم او خالطهم النساء والصبيان فقالوا
لا خلاف في جواز رميهم بالنار لانهم ان لم نرمهم رمونا [illegible] الحصون
وتفرقتهم بين الحصن والسفينة هذا يدل على [illegible] المؤلف في الحصن اذا خيف
منهم وقوله [illegible] ما خيف على الذرية [illegible] ان الذرية اذا كانوا مخالطين
للعدو واما ان يخاف عليهم [illegible] النار او [illegible] كالمجانيق وسائر انواع السلاح
والاول لا يرمون بالنار الا ان يخاف من العدو فيجوز ان يرموا بها وان ادى ذلك الى
هلاك الصبيان والثاني وهو الخوف على الذرية من الالات خاصة فلم ذلك
لا يمنع من قتالهم وان ادى الى قتل الذرية و[illegible] في قوله تركوا وفي قوله بعد
منهم راجع الى العدو وكذلك الضمير في قوله لم يتركوا وقوله ومن الالات لم
يتركوا عطف على قوله من النار وهذا الذي حكاه المؤلف وقال بعض الشيوخ
ان كان مع العدو النساء والصبيان ففيه اربعة اقوال اجاز اصبغ تغريقهم
وتحريقهم ورميهم بالمجانيق وحكى فضل عن ابن القسم انه لا يفعل بهم شيء من ذلك
وقال ابن حبيب يغرقون ويرمون ولا يحرقون وفي المدونة يرمون ولا يحرقوا
ولا يغرقوا واما قول المؤلف [illegible] اهل الطائف بالمجانيق [illegible] الاستدلال
على جواز رمي حصون العدو بالمجانيق وسائر الالات وان كان فيها
الصبيان والنساء ولهذا المعنى ساقه في المدونة قال فيها روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
رمى اهل الطائف بالمجانيق فقيل له ان فيها النساء والصبيان فقال هم من ابائهم



وقوله وان الا ان يخاف يعني ان المسلمين اذا كانوا جماعة كثيرة وخافوا
العدو ومع العدو اسرى مسلمون لا يمكن قتل العدو الا بقتل اولئك الاسرى
فانه يقاتل ذلك العدو ومن معه باي انواع القتال امكنهم ولو بالنار قال
المؤلف وهو مما انفرد به كما انفرد بالطرح بالقرعة من السفن قلت تبع المؤلف
في هذا الكلام لابن بشير وهكذا زعم ايضا انه مما انفرد به اللخمي ولم ينفرد به
في مسالة العدو اذا كان اتفاقا ونص كلامه بعد ان فرض المسالة فيما اذا كان
العدو هم الطالبين للمسلمين هل يرمون بالنار قال وارجو اذا كان معهم النفر
اليسير ان يكون خفيفا لان هذه ضرورة ولذلك ترجح فيه الشيخ ابو اسحق
التونسي وكثيرا ما يفعل مثل هذا اللخمي هنا اذا وقف ابو اسحق المسالة على النظر
نظر فيها اللخمي ورجح احد الوجهين فيها ونص كلام ابي اسحق وانظر لو رموا
بالنار ونحن لو لم نرمهم بها اهلكونا وفيهم مسلمون هل يجوز ان نرميهم بذلك
لننجي انفسنا منهم اذ لو لم نفعل هذا لقتلونا به وكيف ان كان انما معهم
الواحد والاثنان من المسلمين والذين رموا بالنار لهم عدد كثير فيقول
المسلمون ان كان لابد من موتنا او موتهم او موت من معهم من المسلمين فموت
الواحد والاثنين خير للمسلمين من موت مائة فلهذا وجه انتهى وقد حكى
ابن رشد وغيره في السفينة فيها العدو ومعهم اسرى مسلمون هل يرمون
بالنار ام لا اجازه اشهب ومنعه ابن القسم ولذلك اختلف هل يقطع عنهم
الماء فانت ترى كيف وافق اشهب على ما قاله اللخمي بالمعنى فان قلت قد تقدم
ان الامر في مسالة السفينة اخف منه في مسالة الحصن فلعل ما قاله اشهب في مسالة
السفينة لا يلزم مثله في الحصن قلت انما كانت مسالة السفينة
اخف لان العدو اذا كان في السفينة يتاتى منه طلب المسلمين ولا يتاتى ذلك منه
في الحصن واللخمي فرض المسالة فيما اذا كان العدو هم الطالبين فلا فرق بينها
وبين مسالة السفينة والله تعالى اعلم اما مسالة طرح السفينة فالظاهر ان
اللخمي انفرد فيها باختيار ما قاله وقول المؤلف اما لو خيف على استئصال الاسلام
احد القولين كالشافعي يعني انا اذا حكمنا بانفراد اللخمي بما قاله وانه

لا يصح محل النظر انما هو ما صوره الشافعية واختلفوا فيه وهو اذا اخيف
على بيضة الاسلام منهم والظاهر لزوم القتال حينئذ ولا يتركون لما في ذلك من
الضرر على جميع المسلمين وحذف المولف الفاء من جواب اما وليس هو موضع
حذفها وحذف المضاف من قوله كالشافعي اي كمذهب الشافعي واعلم انه
بقي في هذه المسألة ابحاث الاليق بها علم اصول الفقه **وقوله** واذا اسروا
عجما او عربا فالامام مخير الى اخره اما تخيير الامام في القتل فهو الذي عليه الجمهور وان
كان بعض كبار اهل المذهب حكى الاتفاق على ذلك فقد منع منه ابن عمر والحسن
وعطا وابن جبير والضحاك والاوزاعي وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل
عقبة بن ابي معيط والنضر بن الحارث وغيرهما بعد ما اسروا وحكى الباجي
انه لا خلاف في جواز الاسترقاق وقد يقال ان قتادة ومن تبعه على تحتم
قتل الاسير خالف فيه ولذلك ايضا حكى الباجي بانه لا خلاف في جواز ضرب
الجزية وخلاف قتادة ومن تبعه موجود فيه ولو صح فانما يصح فيمن عرف
العرب وقد تقدم الكلام على جواز المفاداة بالاسرى واما الفدا بالمال فاختلف
المذهب في ذلك فالمشهور جوازه وبه قال الشافعي وقال سحنون وغيره لا يفادون
به وقال بعض الشيوخ ان اكثر اهل المذهب يكرهون ذلك وقال ابن حارث
الخلاف انما هو في مفاداة الرجال بالمال ولا خلاف في جواز مفاداة النساء به
واما المن فالمذهب جوازه ومنع ابو حنيفة منه ومن المفاداة بالمال وقال الله
تعالى فاما منا بعد واما فدا ومن رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمامة وعلى ابي
عزة الجمحي مرة واخذ عليه عهدا ان لا يظاهر اهل مكة فخرج يحرض على
قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ واتي به رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلب منه
ان يمن عليه ثانية فقال والله لا تمسح عارضيك بمكة تقول سخرت
بمحمد مرتين وروي ان فيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يلدغ المومن من جحر
مرتين والمعنى كثيرة واما قول المولف بالنظر فمعناه ان الامير اذا اختار احد
هذه الوجوه فلا ينبغي ان يكون ذلك للهوى بل ينظر للمسلمين ما هو
الاحسن فيفعله ولا خلاف في ذلك فان كان الاسير من اهل النجدة او من

ان احاديث في هذا

لا نومن

١٢

لا نومن عاقبته ولو منا فانه يقتل ويختلف اذا جهلت حاله في قوة النجدة
هل يقتل عليها وهو ظاهر قول مالك في المدونة ويقتل من الاسارى من
لا يومن الا ترى ما كان من ابي لولوة يعني قاتل عمر بن الخطاب رضي الله تعالى
عنه وقيل يحمل على عدم النجدة حتى تتبين منه واذا امسك الامير
اسيرا ليرى فيه بين اربعة الاوجه غير القتل لم يجز له ان يقتله بعد
ذلك فاما ان امسكه ليرى فيه رايه مطلقا فله قتله ان راه وان
كان حبسه لاختيار ثمنه فله قتله وان كان للبيع ثم بدا له فقال
ابن المواز له قتله وقال اصبغ ليس له قتله وهو الظاهر والمن يحسن
اذا كان لم يرد شوكة من العدو ولا يمنع من الرجوع الى اهله ومن
ترك الجزية لم يجز ان يسترقه فيباع ولذلك قال المولف او ضرب
الجزية فيصيرون احرارا ويجوز ان يفادى به برضاه واطال الشيوخ
الكلام على هذا الفصل ومداره على النظر فيما هو احسن للمسلمين
فيفعل وما ليس لذلك فيترك وما هذا سبيله يصعب اطلاق
القول الكلي فيه بالقتل او المن لان الاحسن فيه يتعين بمقتضى الحال
والله تعالى اعلم **وقوله** والمراهق المقاتل كالبالغ ظاهره ان الامام
يخير فيه بالاحكام الخمسة اذا اخذ اسيرا مثل ما يخير في البالغ
وهذا انما يجب النظر فيه لان لفظ المراهق ينطلق على من سنه دون
البلوغ كابن ثلاث عشرة واربع عشرة سنة ذكر ذلك في المدونة في النكاح
الثالث منها ومن سنه هكذا لا يوجد لهم في المذهب انه يقتل بعد
الاسر نعم قالوا اذا اشكل في بلوغه فاختلف المذهب هل يقتل ام لا
فقال ابن القسم انه لا يقتل وقال الاكثرون انه يقتل وجعلوا محل القولين
من انبت ولم يحتلم وانت تعلم انه ليس كل مراهق ينبت على ان هذين
القولين مبنيان وهو ان ابن القسم استصحب الحال لان الانبات ليس بامارة
عنده على البلوغ والصحيح مذهب الاكثرين لما فعله رسول الله صلى
الله عليه وسلم بقريظة وامتثله الصحابة بعده **وقوله** ولا يقتل

النسا والاطفال يعني بعد الاسر اذا لم يكن منهم قتال قبل ذلك لنهيه صلى
الله عليه وسلم عن قتل النساء والصبيان خرجه اهل الصحيح فاما ان كان منهم
قتال فاما في حين القتال فيقاتلون ويقتلون لانا لو لم نفعل ذلك لادى الى قتلنا مع
قدرتنا على المدافعة وذلك محظور فاذا اسروا وقد تقدم منهم قتال فقد وقع في
المذهب في النساء اضطراب وهذا هو مراد المولف بقوله وفي النساء المقاتلات
يعني اذا اخذن بعد القتال فقيل يجوز قتلها استصحابا لحال القتال ولانه لما جاز
قتالها في حال القتال جاز بعد الاسر كالرجل وقيل لا يجوز لان قتلها في ذلك
الوقت كان لموجب وقد زال وقيل بالتفصيل بين ان يكون تقدم منها قتل لاحد
من المسلمين فتقتل وبين ان لا يتقدم منها فلا تقتل لقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا
بمثل ما عوقبتم به وكما في المحارب اذا قتل واخذ قبل التوبة فانه يتحتم قتله
وعن عايشة رضي الله تعالى عنها قالت لم يقتل من نسايهم يعني من نساء بني قريظة
الا امراة انها لعندي تحدث تضحك ظهرا وبطنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل
رجالهم بالسوق اذ هتف هاتف باسمها اين فلانة قالت انا قلت وما شانك
قالت حدث احدثته فانطلق بها فضربت عنقها فما انسى عجبا منها انها تضحك
ظهرا وبطنا وقد علمت انها تقتل والاقرب القول الثالث لانه اسعد بالنصوص
المانعة من قتل النساء والصبيان واما قول المولف ورابعها عند قتالها فمعناه انها
تقتل حين المقاتلة ولا تقتل بعد الاسر وهذا الكلام يقتضي ان محل الخلاف عنده
اعم مما قلناه وان الخلاف موجود في حين القتال وبعده وما قدمناه هو طريق من
يعتمد على نقله ونظره من اهل المذهب والله تعالى اعلم **وقوله** ونفس
اقتصرت على الرمي بالحجارة قولان يعني ان قتالها اليسير لقلتها اختلف فيه هل هو
كالمقاتلة بالسلاح ولا يلحق بالمقاتلة بالاحجار ولا فرق بين الحجارة وبين السلاح
لاستوايهما في الاضرار وفي كتاب ابن حبيب لا يبيح ذلك قتلها الا ان تكون
قتلت بما رمت به وقال سحنون ان قتالها بما قاتلت به جائز وظاهر كلامهم
ان الحد قتلها وقتالها مشروط بكونه حين القتال على ما قالت
به وظاهر ما في كتاب ابن حبيب انها لا تقاتل ولا تقتل الا ان تكون قتلت

فيقتل بكل شي

١٢

فيقتل بكل شي وكلام المولف فيه اجمال والله تعالى اعلم واما صاحب
واستعانتهم وحراستهم فلا يوجب شي من ذلك قتلها وان كان الاوزاعي
ذهب الى ان حراسة النسا على العدو تبيح قتلهن وحديث قتل ابن ابي الحقيق
دليل على ما قلناه **وقوله** ويلحق بهن الزمني والشيخ الفاني ونحوهم لا راي له
ولا معونة لهم يعني ويلحق بالنسا الشيخ الفاني بشرط كونه لا راي له والزمني
بشرط كونهم لا معونة لهم ومراده بقوله ونحوهم هم الفلاحون والاجراء
واهل الصناعات ولا شك في جواز قتلهم ان قاتلوا واما ان لم يقاتلوا فقال
سحنون انهم يقتلون قتلا ولم يستحسن حديث العسيف يعني الاجير وكذلك قال في
الاعمى والمقعد والمريض وقال ابن الماجشون وابن وهب وابن حبيب انهم لا يقتلون
وحكى الطحاوي نحوه عن مالك وراى بعض المحققين من شيوخ المذهب ان هذا خلاف
في حال وان من له تدبير وراي من هولاء يقتل ومن لا راي له لا يقتل شبه ما ياتي
بعد هذا في الرهبان **وقوله** وكذلك الراهب ينقطع في دير او صومعة غير
المخالط براي على المشهور يعني ان المذهب ان الراهب مثل من تقدم ولكن بشرطين
احدهما ان ينقطع عن اهل ملته حسا فيكون معتزلا عنهم في دير او صومعة
والثاني ان ينقطع عنهم بالمعنى فلا يخالطهم في راي ولا يعينهم بتدبير ومشورة
فاذا حصل الشرطان فالمشهور ترك قتله وهو قول مالك وغيره من اصحابه في
غير موضع والشاذ انه يقتل مثل غيره من اهل ملته وهو قول مالك حكاه عنه
ابن رشد وذكر ايضا عن عبد الملك ووجه المشهور وصية ابي بكر رضي الله تعالى
عنه المشهورة ليزيد بن ابي سفيان حين بعثه الى الشام ووجه الشاذ العمومات
الدالة على قتال الكفار فان اختل الشرط الاول وكان الراهب مخالطا لاهل ملته
قتل لمساواته لهم وفي كتاب ابن سحنون اذا وجد الراهب في غير صومعة او دار
او غار فهو كاهل الصوامع قيل فبماذا يعرف انه راهب قال لهم سيما يعرفون بها
قال واذا قاتل الراهب قتل قال واذا وجد راهب قد نزل من صومعته وهو منهزم
مع العدو فاخذ فقال انما نزلت وهربت خوفا منكم فلا يعرض له وان اختل الشرط
الثاني قتل ايضا ولا خفا بذلك وان خيف منه الدلالة على المسلمين ولم يخف قتاله

فعيه نظر قال ابن نافع قيل لمالك ربما اسرى المسلمون بسرية فيعلم بهم الراهب
فيخافون ان يدل عليهم فينزلونه فيكون معهم فاذا امنوا ارسلوه قال ما سمعت وانه
ينزل من صومعته وفي كتاب ابن سحنون واذا امروا براهب فلا يستخبرونه عن
عن شي من امر عدوهم **وقوله** وعلى تركه فيكون حرا الى قوله يعني وعلى المشهور
انه يترك الراهب ولا يتعرض له فلا يسبى ويكون حرا لان الاسترقاق في الرجال
تابع للعلة عليهم الناشية عن قتالهم ولا قتال في حق الرهبان ولهذا قال
ابن القسم في العتبية في الرهبان اذا اختاروا السكنى عندنا وحبسوا انفسهم
في الصوامع فانه لا جزية عليهم وقد اراد بعض الشيوخ ان يجعل في المذهب قولين
في هذا ومنه نظر لولا الاطالة لبيناه ومن تمام حقن دمه وخصوص حريته انه
يترك له ماله الا ان المولف قيد ذلك بما يكفيه ويقوم به وحمل في الزايد على
ذلك اذا كان مالا كثيرا قولين مشهورين احدهما وهو الاشهر انه لا يترك له
والثاني انه يترك له واكثر الروايات فيما رايت انه يترك له ماله كله والتفصيل
بين اليسير والكثير هو مذهب سحنون ويترك للشيخ الكبير اذا لم يقتله مثل ما
يترك للراهب **وقوله** وفي الراهبات مثلهم قولان يعني ان النساء اذا ترهبن على
الصفة المتقدمة في الرجال هل يلحقن بالرجال في ذلك ويثبت فيه قولان في
العتبية من رواية اشهب قيل له فالرهبان من النساء قال النساء احق ان لا يهجن
وقال سحنون في كتاب ابنه بل يسبين فاشار مالك الى ان الترهب اذا كان مانعا
من الاسترقاق لمن هو مباح الدم في الاصل وهم الرجال فلان يكون مانعا من الاسترقاق
في حق من هو محقون الدم وهم النساء اولى وراى سحنون ان الترهب المانع من قتل الرجال
تبعه منع الاسترقاق ودم المراة لم يمنع منه الترهب وانما هو ممنوع باصل الشرع
فلم يكن هنالك امر يتبعه الاسترقاق **وقوله** ومن وجد في ارض المسلمين
او بين الارضين وشك في انه حربي او مستامن فهذا امر مشكل يعني ان الرومي
مثلا اذا وجد بارض المسلمين او بين ارض المسلمين وارض الكفار ولم تقم الشهادة على انه
جا لتجارة ولا لحرب او قامت امارات ولكنها متعارضة فهذا قال فيه
الامام انه امر مشكل هل يحمل على انه حربي استصحابا لحال الحرب وحالا على الغالب

من حال



سلم

من حال الكفار او يحمل على انه مستامن وانما جا لتجارة او لطلب الامان ولغير
ذلك لعدم الات الحرب هذا معنى كلام المولف وهو قريب من القواعد الا انه
بعيد عن تحصيل ما اراد تحصيله لانه قصد الى تحصيل مسئلة المدونة في هذا
الفصل ولم يوف بها ويتبين لك ذلك بوقوفك عليها ونصها على ما هي عليه
في التهذيب قيل له ارايت لو ان اهل بلدنا ايكون لمن اخذه او يكون فيا قال
مالك فيمن وجد بساحلنا من العدو فقالوا نحن تجار ونحو هذا فلا يقبل منهم
وليسوا لمن وجدهم ويرى فيهم الامام رايه وانا ارى ذلك فيا للمسلمين
ويجتهد فيهم الامام واذا اخذ الرومي وقد نزل تاجرا بساحلنا فيقول
ظننت انكم لا تعرضون لمن اتى تاجرا حتى يبيع او يوخذ ببلد العدو
وهو مقبل الينا فيقول جئت اطلب الامان فهذا امر مشكل وارى
ان يرد الى مأمنه وروى ابن وهب عن مالك في قوم من العدو نزلوا بساحلنا
بغير اذن فاخذوا فزعموا انهم تجار لفظهم البحر ولا يعلم صدقهم وقد تكسرت
مراكبهم ومعهم السلاح او يشكون العطش الشديد فينزلون للماء بغير
اذن ان ذلك للامام يرى فيهم رايه ولا يخمسون وانما يخمس فيما اوجف عليه
بالخيل والركاب انتهى ما احتجنا الى ذكره هنا من لفظ المدونة وبقيت
منه بقية سانذكرها بعد هذا وانت ترى ما اخل به المولف من وجوه
المسئلة فان قلت لعل المولف لم يقصد الى هذا وانما قصد الى ذكر قاعدة
تدخل تحتها الروايات المذكورة في هذا الفصل فان الروايات والاقاويل
فيه منتشرة لا يحتمل مختصر جلبها باسرها فعدل عنها الى القاعدة
التي ذكر ببيان الحكم عند رجحان امارة وعند تعارضها قلت
قد ذكر في غير موضع من كتابه حسبما اشار اليه في الخطبة اشد الاختصار
وبعدا عن الانضباط منه في هذه المسئلة ولا يخفى ذلك على الناظر في كتابه
وانما ظاهر كلام المولف ان الرومي اذا اخذ ببلد الحرب لعدو انه لا يكون
من محل الاشكال وقد نص في المدونة على خلاف ذلك كما قدمناه لك
**وقوله** وعلى انه حربي فلا يجوز القتل على الاشهر يعني اذا لم تقم

امارة على صدقهم ولا على كذبهم فالحكم اما الاسترقاق او ردهم دون الى
مامنهم ولا يجوز القتل على اشهر القولين والقول الاخر انه يجوز قتلهم بمقتضى
الاصل واسقاط المانع والذي رايته لبعض من حقق النقل من الشيوخ ان قال
وقد اختلف في القتل فعلى قول ابن القسم لا يقتلون خلافا لابن الماجشون
وعادتهم في هذه العبارة وشبهها انما تستعمل في التخريج ولسنا نعلم
ولكن حمل هذا الشيخ محل الخلاف المذكور فيمن قامت امارة على
كذبه فيكون الانسب لهذا الخلاف ان يكون عند قول المولف
اما اذا احتمل الظن باحدهما عمل عليه على الاصح وهو لذلك وما وجدت
لاحد ممن تكلم على هذه المسئلة ممن يعتبر نقله ذكر قول بالقتل في
محل الاشكال واذا انتفى القتل عن محل الاشكال كان انتفاوه عن محل
امارة صدق الروم اولى وكلام المولف يدل على وجود الخلاف في ذلك
لان قوله اذا احتمل الظن باحدهما يعني ظن كونه محاربا او ظن كونه
تاجرا اما اذا ظن انه تاجر مثلا فعلى قوله الاصح انه لا يكون فيئا ولا يقتل
والمقابل للاصح يجوز ذلك فيه على ما اقتضاه ظاهر كلامه وهو شيء
لا يوجد وليس يعرف لهم وقد تقدم ان الخلاف في هذه المسئلة كثير منتشر
ولما لم يتعرض المولف لذكر الروايات رايت ان انبه على شيء منه مقتصرا
على نقل القاضي ابن رشد فيه دون غيره فنقول ذكر في المسئلة ثلثة اقوال
احدها انه لا يقبل قولهم فيما ادعوا انهم جاءوا للاسلام وجاءوا يطلبون صوابه للسلم
الفداء او للتجارة بعد ان يوخذوا ويكونون فيئا ويرى فيهم الامام رايه
سواء اخذوا في بلد الاسلام او قبل ان يصلوا اليه سواء كانوا من بلد عودوا
التجارة ام لا وهو قول اشهب والثاني انه يقبل قولهم ويردوا الى مامنهم الا ان
يتبين كذبهم فيما ادعوا مثل ان يقولوا نحن تجار اردنا التجارة وليس معهم
اسباب التجارة ومعهم السلاح قبل اذا اخذوا قبل ان يصلوا الى بلاد الاسلام
واما اذا اخذوا في بلاد المسلمين فهم فيء للمسلمين وهو قول يحيى بن سعيد
في المدونة وظاهر قول مالك فيها وسحنون وقيل وان اخذوا في بلاد المسلمين

اذا كان



اذا كانوا اخذهم بعد ثبات قدومهم وهو قول ابن القسم في العتبية وقيل وان
اخذوا بعد ان طال مقامهم في بلاد المسلمين الا ان يتبين كذبهم وهو ظاهر قول
ابن القسم في سماع عيسى والقول الثالث انهم ان كانوا من بلد قد عودوا الاختلاف
منه لما ادعوه من الفداء او التجارة او الاسلام قبل قولهم وردوا الى مامنهم
والا فهم فيء والى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة وعزاه الى مالك وهو قول
ربيعة في المدونة وسحنون في سماعه وعيسى في تفسير ابن مزين **وقوله**
واما من نزل بامان الى قوله يعني ان من قدم من تجار الحربيين فنزل على الامان فباع
واشترى ثم ركب الى بلده وانفصل عن بلادنا ثم ردته الريح الى بلادنا فان
الامان الاول باق له ولم يذكر المولف بعد لسنته في منتهى الامان
اذا لم ترده الريح الى ان يبلغ وظاهر كلام المدونة اذا ردته الريح الى
بلادنا سواء ردته الى محل السلطان الذي اعطاه الامان او غيره وحقه ان
يبين ما فيه لان من الخلاف فان الخلاف في المسئلة شهير اما منتهى الامان اذا لم شهير
ترده الريح فظاهر المدونة انه حتى يرد الى بلاده ولا يصح لهم الامان على انفسهم
واموالهم حتى يفارقوا بلد الاسلام وقال ابن المواز لهم الامان حتى يبلغوا مامنهم
من بلدهم والظاهر والله تعالى اعلم مذهب المدونة وراى بعض الشيوخ ان هذه
الروايات ترجع الى شيء واحد وان بعضها مفسر لبعض ولعل هذا هو السبب في
اضراب المولف عن نقل هذا الخلاف واما ان ردتهم الريح غلبة فظاهر المدونة
ايضا التعميم سواء بلغوا بلادهم او لا رجعوا الى السلطان الذي امنهم او لا وهو
منصوص خارج المدونة وقال عبد الملك بن الماجشون ان امانه مقصور على بلد
السلطان الذي امنه وقريب منه لابن حبيب وقيل غير هذا قال القاضي ابن رشد
اذا غنم العدو في بلاد المسلمين شيئا من اموال المسلمين ثم غنمه المسلمون منهم
قبل ان يصلوا الى بلادهم فهل يقسم اذا لم يعرفه صاحبه او لا وهل ياخذه
صاحبه ان قسم بغير ثمن او لا فقد كان يختلف عندي في ذلك وهذه
المسئلة اصل لذلك **وقوله** ويجوز قتل العين وان كان مستامنا يعني
ان من قدم منهم للتجارة ثم تبين انه عين انما كان للتجسس وانه عين لاهل الحرب

فانه يسقط ما كان له من الامان ويكون الامام فيه مخيرا بين القتل والاسترقاق
لعدم السبب الذي امن له قال سحنون ولا خمس فيه وهو ظاهر لانه لم يوجف عليه
قال سحنون الا ان يسلم فلا يقتل ويكون كاسير اسلم ومثل هذه المسئلة الذي
اذا علم منه انه عين لاهل الحرب **وقوله** واذا دخل دار الحرب ولم نرج يعني
ان الجيش اذا دخل دار الحرب فاما ان لا يرجى حصولها للمسلمين او يرجى ذلك فان لم
يرج جاز قطع اشجارهم وتخريب بنائهم والنكاية في اموالهم بالتحريق وغيره
وان رجي ذلك ولم يكن في التخريب نكاية للكفار فلا يجوز التخريب حينئذ لانه
محض مفسدة وان كانت فيه نكاية لهم جاز واستثنى المولف النخل من القسم
الاول بنقل الخلاف في ... هما روايتان لمالك وظاهر كلام المولف ان القولين على الاطلاق
سواء كانت النخل كثيرة او يسيرة وقال بعض الشيوخ ان كانت يسيرة بحيث لا نكاية
للعدو في اتلافها تركت وان كانت كثيرة في اتلافها نكاية فهذا هو محل
الخلاف ولمالك قول بالتوقف عن اتلاف ما ذكر الا انه في هذا الفصل وعن الاوزاعي
كراهة التخريب مطلقا قال وان كانت كنيسة وعنه جوازه وعن الليث
اكره احراق النخل والشجر المثمر وكره الشافعي حرق الزرع والكلا واستدلوا
في المذهب بقوله تعالى ولا يطئون موطئا يغيظ الكفار وبقوله تعالى يخربون بيوتهم
بايديهم وايدي المومنين وقوله تعالى ما قطعتم من لينة او تركتموها وفي الصحيح ان
النبي صلى الله عليه وسلم قطع نخل بني النضير وفي ذلك نزلت الاية اعني قوله تعالى
ما قطعتم واستثنى من قال ما يرجى مصيره للمسلمين وحملوا عليه قول الصديق
ليزيد بن ابي سفيان ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تخربن عامرا ومن حمل قوله على
النص ومن كره حرق النخل خاصة والاتلاف فلقول الصديق ولا تحرقن
نخلا ولا تغرقنه قال بعضهم وهذا الخلاف انما هو اذا كان المقصود الاتلاف
واما ان كان المقصود اخذ ما في احتياجه ولم يتوصل اليه الا بالاحراق او التغريق
فعل من ذلك ما يمكنه والله تعالى اعلم **وقوله** وما عجز عن حمله من الاثقال
ما لهم او للمسلمين يعني ان جيش المسلمين اذا ارادوا القفول الى بلادهم
وكان معهم من اموالهم او من الغنيمة ما يعجزون عن حمله معهم فانهم يتلفونه



ولا يترك للعدو فيتقوى به وهذا ظاهر في غير الحيوان واما الحيوان
فالمشهور المعروف من المذهب انه مثل غيره يتلف لحصول النكاية للعدو بذلك
وخشية تقويهم به ان بقي لهم وبه قال ابو حنيفة وقال ابن وهب لا يجوز الا لاجل
لغير ما كله وبه قال الشافعي لان للحيوان حرمة من حيث الجملة ليست حاصلة
لغيره وقد جاء النهي عن قتل الحيوان لغير ما كلة وباذا يتلف الحيوان قال
المصريون من اصحاب مالك يعرقب او يذبح ويجهز عليها وقال المدنيون يجهز عليها
وكرهوا ان تذبح او تعرقب واختاره ابن حبيب قال لان الذبح مثلة والعرقبة
تعذيب وانكر بعض الشيوخ كون الذبح مثلة لانه مباح فيمن نهي عن المثلة به
قال وانما كره لانه ذريعة الى اباحة اكلها ووقع في بعض الروايات التخيير
بين تعرقبها وذبحها وهذا اذا كانوا امنوا لا يستحلوا الميتة فان كانوا ممن
يستحلها قال المولف حرق الحيوان بعد قتله وهو ظاهر وان كان قد روي عن ابن
القاسم انه قال وما سمعت انها تحرق بعد ذلك **وقوله** ويجوز لامير الجيش
اعطا الامان يعني ان الامير على الجيش لما كان نظره عاما للمسلمين في ذلك
الجيش فقد يرى من المصلحة للمسلمين تامين العدو الذي خرج لقتاله او تامين بعضهم
اما مطلقا واما مقيدا بزمان او مكان او صفة وليست المصلحة في قتالهم على اي
الوجوه اتفق وهذا معلوم بالضرورة ولا حاجة لاقدام الامراء على الناس واذا
جاز هذا لامير الجيش فلان يجوز لامير المومنين اولى ولذلك اضرب المولف عن
ذكر تامين امير المومنين فان قلت قول المولف مطلقا يجب حمله على ما عدى الامكنة
الاربع لان المذهب لم يختلف في حربي مستامن بامان السلطان على جهة معينة اذا خرج
عنها الى سلطان لم يرضها ليستبيحه هذا السلطان او لا قلت حمله عمرو ولحديث
الشيوخ هذا الخلاف على انه لا خلاف في حال التامين ... مقصورة على سلطان
المومن خاصة او اعطاه الامان في سائر بلاد المسلمين لا انه خلاف على الحقيقة
فلعل المولف سلك في تفهيم هذا الاختلاف مسلك هولاء الشيوخ والله تعالى اعلم
ويعني بقوله ويجب اعتبار المصلحة اي انه لا يجوز اتباع الهوى في شيء من ذلك
ولا اتباع الصالح وترك الاصلح وبالجملة فهو وكيل للمسلمين والوكيل انما يتصرف

على هذا الوجه **وقوله** ولذلك كل ذكر حر مسلم بالغ المفرع اعلم ان قول
المولف في اصل المسئلة ويجوز لامير الجيش اعطا الامان نص على اباحة الاقدام على ذلك
ابتدا لشرط اعتبار المصلحة كما تقدم واما عطفه عليه كل حر مسلم الى القيود
فهو ظاهر في ذلك وهو خلاف ما نص عليه ابن حبيب قال لا ينبغي لاحد من الجيش ان
يومن احدا غير الامام وحده ولذلك قدم وينبغي ان يتقدم الى الناس ثم ذكر الحكم
اذا امن قبل نهي الامام او بعده فان قلت الذي ذكره المولف هو الذي ذكره
المولف مذهب المدونة الا ترى ان نص التهذيب ويجوز امان المراة والعبد والصبي ان عقل
الامان ثم استدل بحديث ام هاني وذكر قول غير ابن القسم انه يجعل ذلك الى الامير والوالي
بيان الامان لا خروج للامام فيه ولكن ينظر الامام فيما فعل بالاجتهاد قلت
هو وان كان ظاهرا فيما قلته الا انه يحتمل ارادة الاجازة بعد الوقوع لا اباحة
الاقدام عليه ابتدا وهذا الاحتمال ضعيف بالنسبة الى كلام المولف لعطفه على
تامين الامام الذي لا خلاف في ان الحكم فيه على العموم ابتدا وانتها ومما يبين لك ما
قلناه من قرب الاحتمال المذكور في لفظ المدونة اضطراب الشيوخ في حمل كلام
غير ابن القسم على الوفاق او الخلاف مع ان كلام غير ابن القسم ظاهر في انه لا يقدم على ذلك
ابتدا فان قلت لا نسلم ان كلام غير ابن القسم ظاهر في ذلك وانما هو ظاهر في ان
الامان لا يكون مطلقا واما جواز الاقدام على التامين فقد اتفقا عليه كما ذكر المولف
قلت هذا محتمل واقل ما كان ينبغي للمولف ان ينبه على قول ابن حبيب ومما يخالف
فيه تامين الامام تامين من دونه ان للامام ان يعقد الامان التام العام لاهل اقليم
وما اشبه ذلك بخلاف من دونه وهذا منصوص عليه كذا في المذهب وهو ظاهر وان
كان كلام المولف قد يوهم ذلك اذا اخذ الاطلاق من قوله ويجوز لامير الجيش
اعطا الامان مطلقا بحسب استقرا الفقها فانهم لا يعرفون في الغالب بينه وبين
العام وقد تقدم الان حكاية غير ابن القسم وان من الشيوخ من حمله على
الوفاق والتفسير ومنهم من حمله على الخلاف وهذه طريقة المولف وهو مراده
بقوله وقيل ان كان صوابا وهولا الذين حملوه على الخلاف منهم من لم يتعرض
لكيفية الخلاف ومنهم من قال ان ابن القسم وغيره لا يختلفان في ان الامام مخير

واما يختلفان



واما يختلفان في صفة التخيير فابن القسم يقول هو مخير بين ان يجيزه او يرده
الى مامنه وغيره يقول هو مخير بين ان يجيزه او يرده فيا ثم قال المولف وفي
امنهم بعد الفتح قولان الضمير المضاف اليه امن من قولهم له وفي امنهم راجع
الى العدو يعني وفي اعطا المسلم الموصوف بالصفات المتقدمة الامان للعدو
بعد الفتح قولان ويحتمل عوده على المسلم الموصوف لان المراد به الجنس وهو
الذي يدل عليه قول المولف بعد هذا وفي ثبوته منهم قال ابن القسم فيمن
اعطى اسيرا امانا سقط عنه القتل ولا يسقط عنه الاسترقاق وقال سحنون
لا يجعل لمن امنه قتله والامام يتعقبه الا ان راى قتله نظرا قتله
والا ابقاه فيا والاشبه في مثل هذا قول ابن القسم لانه اسعد بقوله صلى
الله عليه وسلم يسعى بذمتهم ادناهم ولقول سحنون وجه ويشبهه قضية
ام هاني لولا ان الامان كان فيها من امراة **وقوله** وفي ثبوته منهم
بغير بينة قولان القائل بثبوته من المومن بغير بينة هو ابن القسم واصبغ
والقائل بعدم ثبوته هو سحنون والمتبادر من كلام المولف اشعار بان
الخلاف في هذا الفرع على كل واحد من قولي ابن القسم وسحنون في الفرع
الذي قبله او هو مقصور على قول سحنون لانه من يخير التامين بعد الاسر
لا يتهم المسلم اذا قال كنت امنت هذا الحربي قبل الفتح لانه ان صدقه
الامام في ذلك مضى وان لم يصدقه استانف له الان تامينا قال وانما
يحسن هذا على قول سحنون الذي لا يرى بانفاد التامين الكائن بعد
الفتح فاذا ادعى انه امنه قبل الفتح ولم تقم على ذلك بينة كان ذلك
مثار التهمة وفي ذلك عندي نظر فتامل غير واحد وهذا الخلاف فيمن
عدى الامام واما الامام فيقبل قوله سوا قامت عليه بينة ام لا **وقوله**
وامان المراة والعبد والصبي ان عقل الامان معتبر على الاشهر لما قدم الكلام
على من يجوز منه التامين بالاوصاف المتقدمة ذكر هنا تامين من انعدم
منه بعض تلك الاوصاف فذكر في كل واحد من المراة والعبد والصبي
قولين مشهورين الا ان القول باعتباره اشهر والقول بالاجازة في الثلاثة

بانفاد

هو مذهب المدونة وذكر ابو الفرج عن مالك ليس لهم اجازة ولا يكون امانا وقال
سحنون وابن حبيب اما ان يوفى له بذلك او يرد الى مامنه واما القتل فلا وانظر
فيما حكاه ابن الماجشون ابو الفرج هل له ان يقتل من اسوه اذا لم يجز وقال
سحنون في الصبيان اذن لهم سيدهم في القتال جاز تامينهم والا فلا وقيل في الصبي ان
اجازه الامام في القتال جاز تامينه وقد تقدم حديث ام هانئ وقد تمسك به
كل واحد من القايلين بصحة تامين المراة وبعدم صحته اما من صححه فلان
النبي صلى الله عليه وسلم انفذه وذلك ظاهر فيما قلناه واما من لم يصححه فلانه
صلى الله عليه وسلم قال قد اجرنا من اجرت يا ام هانئ وذلك يدل على انه قبل ذلك
لم يكن موضا وايضا فان عليا رضي الله عنه لم يكن ليقدم على قتله لو كان
تامين المراة حاصلا وقد علمت مواظبته على الجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
فهو من اعلم الناس باحكام الامان فلما اراد قتل ذلك الرجل دل على ان تامين
المراة عنده غير عامل واما العبد فقد تمسكوا المشهور بقوله صلى الله عليه وسلم
يسعى بذمتهم ادناهم وهذا ظاهر في دخول العبد في هذا الحكم ومن نصر القول الاخر
وهو عدم اعتبار تامينه قال ان قوله صلى الله عليه وسلم تتكافا دماوهم دليل على عدم
ارادة العبد من هذا الحديث لان العبد مع الحر لا تتكافا دماوهم اتفاقا ولقول
سحنون وجه في القياس واما الصبي فلا يرتب عندي فيه هو القول الثالث واما قول
المؤلف بخلاف الذمي على الاشهر فيعني به ان الاشهر في الذمي عدم اعتبار تامينه
على عكس الاشهر في المراة ومن ذكر معها وعد المؤلف القول باجازة امان الذمي
مشهورا في غاية البعد وقصارى ما يوجد لهم في المذهب التصريح بان المسالة
مختلف فيها والصحيح ان امانه غير معتبر لان مخالفته في الدين تحمله على سوء النظر
واذا اتهم المسلم على ذلك في بعض الاحوال فالكافر اولى بذلك ومن اعتبر تامينه
لا يرى انه لازم مطلقا بل يجعل للامام فيه نظرا بين ان يمضيه او يرده الى مامنه
**وقوله** ولو ظن الحربي الامان الخ يعني ان الحربي اذا توهم ما يوجب تامينه
من بعض المسلمين فجا الينا معتمدا على ذلك فلا يجوز قتله ولا استرقاقه
بل ينظر الامام في ذلك فاما ان يمضي له الامان واما ان يرده الى مامنه واما قوله

المؤلف



المؤلف بخلاف الذمي ففيه اجمال والظاهر انه يريد بخلاف اذا امنه ذمي
فاعتقد الحربي ان الذي امنه مسلم فهذا لا يعذر ويرى الامام فيه رايه
مطلقا ولا يلزمه ان يرده الى مامنه واختلف في ذلك قول ابن القسم عن
قال لا يقبل عذرهم ومرة قبله وقال انهم يردون الى مامنهم وقال بعض الشيوخ
ان قال الحربي علمت ان المؤمن نصراني من اهل الذمة وظننت ان جواره
جائز فهذا يرد الى مامنه لان ذلك مشكل وان قال علمت ان جوار النصراني
غير جائز وظننت ان هذا مسلم لم يصدق لانهم اهل دين واحد ولا يكتمه
ذلك بل يظهره ويبدي الشفقة عليه وهذا الخلاف انما هو على القول
بان الذمي لا ينعقد منه الامان ومسائل التامين كثيرة جدا ان حكينا
منها شيا خرج ذلك عن معنى ما نحن فيه فلنقتصر على ما قاله المؤلف رحمه الله تعالى
**وقوله** وتجوز لاخذ الجزية من اهل الكتاب انما ينبغي ان يفهم الجواز
هنا بمعنى الاذن في الاقدام على الشي لا بمعنى الجواز الذي هو الاباحة فان
الكتابي اذا بذل الجزية بشرطها حرم قتاله **وقوله** وفي غيرهم الخ
ذكر المؤلف في الكفار من غير اهل الكتاب اربعة اقوال المشهور اخذها
من كل كافر عموما ويعني به من عدا المرتد وهذا هو المنصوص في المدونة
وغيرها ومقابله انها لا توخذ منهم عموما ولا خصوصا وهذا هو مذهب
ابن الماجشون وهذا القول لا ينبغي ان يفهم على عمومه في الكفار كما يعطيه
كلام المؤلف وغيره انها لا توخذ من المجوس فالظاهر ان ابن الماجشون ولا احدا
من اهل العلم يمنع اخذها من مجوس العجم والثالث انها توخذ من جميعهم
ويستثنى مجوس العرب وهذا ينسب الى ابن وهب على ان عبارة بعض
المحققين في نقل هذا القول هكذا وذهب ابن وهب الى قبولها من ساير الامم
الا العرب الا ان يكفر العربي كفرا يدخل به في ملة من الملل ومثل هذا
اللفظ لا يبعد ادخال المجوس فيه وانما يشعر بادخال الوثني فليتفطن له
والقول الرابع انها توخذ من كل كافر عموما الا ان يكون قرشيا وهذا
القول حكيه اهل علم الخلاف عن مالك والذي حكوه نصوص على ان قريشا

اسلم جميعها فان وجد منهم كافر فهو مرتد فلذلك لم تقبل منه الجزية قال
بعض المختصر فان صحت هذه العلة رجع هذا القول الى القول الاول المشهور ومنهم
من يحكي مذهب ابن وهب المتقدم على انه منع قبولها من العرب على الاطلاق فان
صح انه اختلف قوله في ذلك كان في المسئلة خمسة اقوال والصحيح عندي من هذه
الاقوال بل هو قول ابن الماجشون لموافقته مجموع ظاهر قوله تعالى قاتلوا الذين
لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر الى قوله من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا
الجزية وظاهر قوله صلى الله عليه وسلم في المجوس سنوا بهم سنة اهل الكتاب
**وقوله** ويلزم بالعلة الى موضع لا يمتنع منه فيه يعني ان الذمي
اذا ضربت عليه الجزية ثم تم كونه من اهلها ان يستوطن حيث نال له
حكمنا ولا يسكن حيث يخشى منه ان ينكث وينقض العهد اذا اقفل
الجيش ووجهه ظاهر لان المقصود انما هو ظهور الاسلام واستيلاؤه على
اهل الكفر بحسب الامكان وذلك لا يتم الا على الوجه الذي ذكره ولذلك
قال بعض المختصر اذا اسلم اهل الذمة جهة وخفنا عليهم الارتداد اذا اقفل
الجيش انهم يوخذون بالانتقال **وقوله** ولا يوخذ الا من ذكر بالغ
عاقل مخالط لما قدم الكلام على جنس الكفار الذين تضرب عليهم الجزية
اخذ في ذكر الشروط ولا اشكال في اجتماع هذه الشروط الخمسة تضرب
الجزية بالاتفاق كما انها لا تضرب اذا انتفى مجموعها ولذلك تسقط عند
فقد الذكورية وهو قول المؤلف ولا يوخذ من امراة ومثله عند فقد الحرية
وهو قوله ولا عبد وظاهر كلامه جواز ابقاء العبيد منهم بين المسلمين وهو
الاصل وكان عمر رضي الله تعالى عنه ينهى عن ان يجلب الى بلاد المسلمين شيء
من اعلاجهم وامر باخراجهم من المدينة وانما ترك ابا لؤلؤة وهو الذي
قتل عمر رحمه الله تعالى لان جماعة من الصحابة كلموه فيه لاحتياج الناس
الى صنعته قال مالك في المدونة ونقل من لا يومن الاتي الى ما كان من ابي لؤلؤة
ولذلك تسقط الجزية بسبب فقدان العقل وللعلماء خارج المذهب
اضطراب كثير فيمن يفقد عقله احيانا هل تجب او تسقط او يعتبر الاغلب

او يلفق من



او يلفق من ايام افاقته سنة او ينظر الى حاله اول السنة الى غير ذلك من
الانظار وكذلك الصبي واما من لم يخالط الكفار وهو الراهب والفقير
المنقطع بين هولاء الموجب لسقوطها عنهم هو ان الجزية انما توخذ
في الاصل عوضا عن حقن الدماء وهولاء دماؤهم محقونة بالاصل فاذا لم
يوجد فيهم موجب الجزية وجب ان تسقط الجزية ولست اعلم وهذا فيمن
صادفه ضرب الجزية على حال الرهبانية واما من ترهب بعد ذلك فقال
مطرف وابن الماجشون يستصحب في حقه وجوب الجزية ولا تسقط عنه
لفعل تبرع منه اختيارا وقال غيرهما بل تسقط لان الحكم في الاصل دائر مع
الرهبانية وجودا وعدما **وقوله** ولا من حر اعتقه ذمي يعني ان
المعتق تابع لمن انعم عليه بالعتق فان كان المنعم بالعتق مسلما معتقه
الكافر تابع له بلا جزية وان كان السيد المعتق كافرا كان المعتق
تابعا له فتوخذ منه الجزية وهذا قول ابن القسم في المدونة ولم يذكر
المؤلف سواه ولمالك في كتاب محمد سقوطها عن معتق المسلم والتوقف
عن معتق الكافر ولاشهب السقوط مطلقا وقال ابن حبيب قد اختلف فيه
واحب الي ان توخذ منهم الجزية صغارا لهم وهذا هو الظاهر عندي وما تقدم
لابن القسم من ذكر التبعية ضعيف لان قصارى امر الولاء ان يكون كالنسب
والانتساب الى المسلم لا يمنع من اخذ الجزية **وقوله** وفي اخذها من الفقير
قولان المشهور من القولين سقوطها لكن بتدريج فتوخذ من الفقير الذي
يقدر ان يوديها ولا كثير اجحاف عليه وتسقط عمن لا يقدر عليها ولا على
شيء منها ولا يطالب بها بعد غناه ويخفف عمن حاله بين ذلك على حسب نظر
الامام في ذلك وهذا القول اقرب الى العمل الماضي وكتب عمر بن عبد العزيز
رضي الله تعالى عنه ان يخفف عن جماجمهم فان احتاجوا فاطرحوها عنهم
فان احتاجوا فانفقوا عليهم واسلفوهم من بيت المال **وقوله** وهي
اربعة دنانير او اربعون درهما من اهل الورق معناه ان القدر الذي يوخذ
من الذمي اذا ضربت عليه الجزية اربعون درهما ان كان من اهل الورق

واربعة دنانير ان كان من اهل الذهب وهذا هو المشهور من المذهب وقال ابن القصار
لا حد لاقله وقيل اقله دينار او عشرة دراهم وخارج المذهب اقله دينار كثيره
وحجة مالك ما في الموطا عن عمر رضي الله تعالى عنه انه ضرب الجزية على اهل الذهب
اربعة دنانير وعلى اهل الورق اربعين درهما مع ذلك ارزاق المسلمين وضيافة ثلاثة ايام
وذكر ابن المواز عن مالك انه قال يوضع عن اهل الجزية ضيافة الثلاثة ايام لانه لم
يوف لهم قال بعضهم وهذا يدل انها لازمة مع الوفاء بما عوهدوا عليه
**وقوله** وفي التخفيف عن دون الملي قولان القائل بالتخفيف هو مالك والقائل بعدمه
هو ابن القسم وقد تقدم ما يقرب من هذا عند قول المولف وفي اخذها من الفقير
قولان وان كان ذلك الفرع في اخذها جملة من الفقير وهذا في التخفيف عن
دون الملي وهو احسن حالا من الفقير **وقوله** ومن اسلم سقط ما عليه
الي الحرم يعني ان الذمي اذا اسلم اسقط ما مضى من وجوبها عليه سقطت المطالبة بها عنه
ولو كان له سنون لم يودها وهذا قول ابي حنيفة وابن حنبل وقال الشافعي
لا تسقط ويوخذ باداها في حال اسلامه قال وان اسلم في بعض السنة اخذ منه
بحساب ما مضى قال وان فلس فالامام غريم مع الغرما وشك لابن بشير منه واحتج
للمذهب بان الله تعالى قرن اخذها منهم بالصغار والصغار منتف بالاسلام
فوجب انتفاؤها بالاسلام وفي معنى هذا ما شبه به المولف وهو اسقاط الاسلام
للمال الذي هودن عليه اهل الحصون اذا اسلموا لان ذلك لاجل الجزية **وقوله**
ويسقط عن اهل الصلح بالاسلام الجزية والخراج انما فرق بين ارض الصلح واهل العنوة
لان ارض الصلح ملك لهم واخذ الجزية عنها لا تقتضي ملك المسلمين لها كما لا تقتضي
اخذ المال عن رقابهم ملكهم لها واما ارض العنوة فلا ملك للعنوي عليها وانما
تركت بيده اعانة له على اداء الجزية ونظرا للمسلمين في عمارتها لهم **وقوله**
ولو قدم حربي للحرم يعني ان الحربي اذا قدم من بلاده مريدا للاقامة في بلادنا
على عقد الذمة وضرب الجزية فان السلطان مخير في ذلك بالاصلح للمسلمين فان كان
النظر لهم في اعطايه الذمة اعطاها والا امر بالرجوع الي بلاده وفي هذا الفرع
وفي اشباهه من فروع مسايل الامان نظر لان من كلامهم غير واحد من الفقها

وقد فرض



الجيش لامكان التحرز والاحتياط فيه وعدم امكانه في البحر وقد فرقوا
بين اصطدام الفارسين وبين اصطدام السفينتين وذكر ابن المواز عن مالك
في السفن تخرج فيفصل منها ثم جاءوا حين لقوا وحدهم فرجعوا الي الشام
لا ارى لهم فيما غنم اصحابهم شيا الا ان يكونوا الجوا ارض العدو ثم بان
خوفهم وعذرهم **وقوله** ومن رده الامام لمنفعة الجيش اسهم
له والا فقولان يعني ان الامام اذا بعث احدا من الجيش لحاجة فتلك
الحاجة اما ان تكون لامر يتعلق بالجيش ككشف طريق او جلب علف
وما اشبه ذلك واما ان تكون لامر لا يختص بالجيش والاول يسهم له
لاعانته للجيش وقيامه عنهم بما لا بد لهم منه فصار كاحدهم والثاني
فيه قولان احدهما انه مثل الاول لانه لولا قيامه عنهم بذلك لما امكنهم
السفر التمادي على سفرهم دون ذلك والثاني انه بخلافه والفرق ان منفعة هذا
لا يختص بها الجيش بل الجيش وساير المسلمين في ذلك سوا فان استحق على
تلك المنفعة عوضا وجب اخذه من بيت المال وتبع المولف في هذا النقل
لابن بشير والذي نقله من يعتمد على صحة نقله هو العكس وان الخلاف
انما هو اذا رجع لمنفعة الجيش ونسبوا القولين لمالك واحتجوا على صحة
القول بانه يسهم له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم لاهل الحديبية
في غنايم خيبر واسهم لعثمن وطلحة والزبير في غنايم بدر واجيب بان قضية
خيبر مخصوصة بهم لقوله تعالى في اهل الحديبية وعدكم الله مغانم
كثيرة تاخذونها وقضية عثمان قام فيها عن النبي صلى الله عليه وسلم
بامر يخصه لانه خلفه على ابنته وهي مريضة وكانت زوجة لعثمان
وقضية طلحة والزبير بعثهما للكشف عن الطريق وايضا فان الغنايم لم
تتقرر حكمها حينيذ وفي هذا نظر ومن ادعى عليه وهو من اهل
الجيش انه رجع عنه على وجه يوجب سقوط سهمه من الغنيمة فان
اقر بذلك وذكر سببا يعذر به فان اظهر امارة توجب صدقه او كذبه
عمل عليها وان لم تظهر امارة وكل الي امانته وان انكر الرجوع وما في معناه

نظر في المدعى ذلك فان كان من اهل الجيش وليس بالامير لم يعمل على قوله قالوا لانه
جار الى نفسه وان كان هو الامير ففي قبول قوله قولان احدهما انه جار الى نفسه
هو كالحاكم كما والثاني انه مضطر الى ذلك كالتعديل والتجريح وتمييز من يسهم له
ممن لا يسهم له وانظر قولهم في رد الشهادة في هذا الفصل واتهامهم الشاهد بانه
جار الى نفسه مع قولهم في المشهور اذا سرق واحد من الجيش فانه تقطع يده
قبل الملك ان له في الغنيمة سهما تاره وكم ذلك السهم **وقوله** والتاجر
والاجير الخ يعني ان كل واحد من التاجر والاجير اما ان يخرج بنية الجهاد اولا
والاول يسهم لهما والثاني اما ان يحصل منهما قتال اولا والاول يسهم له والثاني
لا يسهم له وهذا الذي حكاه المولف هو قول ابن القصار في الاجير وزاد فقال ان كان
الاجير على شي بعينه كخياطة ثوب اسهم له وان كان مملوك المنافع فهو الذي
فصل فيه بين ان يقاتل وبين ان لم يقاتل وزعم ان الاول الذي خرج بنية الجهاد انه
لا يختلف في الاسهام له وقال بعض الشيوخ ان الاجير اما ان يكون على منفعة
عامة للجيش او خاصة في معنى ولكنه لا تختص ببعضهم او خاصة ببعضهم
والاول كرفع الصواري وامساك الاحبل في البحر وتسوية الطرق في البر واختلف
في الاسهام لهولاء على قولين والثاني كالخياطة لهم او عمل الة تختص ببعضهم
وهولاء اختلف فيهم على قولين اذا شهدوا القتال وان لم يقاتلوا والثالث كاجير
الخدمة لرجل مخصوص قال وفي معناه كل اجير وتاجر فهذا فيه ثلثة اقوال واظنه
يريد ما حكاه غيره وان لم يفصل هذا التفصيل احدها انه لا يسهم له وان قاتل لانه
ان لم يقاتل فلا اشكال اذ لم يقصد الى الجهاد ولا اسمع به المجاهدون وان قاتل
فكانها وقعة من غير قصد اليها وذلك لا يوجب له سهما والثاني انه يسهم له
بشرط شهود القتال وان لم يقاتل والثالث انه يسهم له بشرط ان يقاتل والاقرب
عندي ان حضوره مع المقاتلين في الصف كاف في الشرطية لانه ساوى بقية
الجيش في تكثير السواد والاستعداد للقتال ثم حيث يسهم له فانه يسقط
عن استاجره من الاجرة بقدر ما عطل من العمل ولا يكون له عليه غير ذلك قالوا ولا يدخل
الخلاف في مسئلة الراعي يستاجر على رعاية غنم لرجل فيرعى معها غيرها فقد
قيل

كالحاكم



قيل فيها تكون للجاني رعاية الثانية لمن استاجره اولا واذا كان القتال
مرارا او شرطنا في الاسهام له حضور القتال او حضوره فلم يقاتل او لم يحضر الا مرة
واحدة فقيل يسهم له في جميع الغنيمة وقال ابن نافع لا يسهم له **وقوله**
والمستند الى الجيش الخ معنى الاستناد الى الجيش هنا هو ان يخرج
واحد او جماعة من الجيش فيقاتلون وحدهم ويغنمون فكل ما حصل
لهولاء فانه يقسم على جميع الجيش ولا يختص به الغانمون كما ان الجيش
لو غنم وغيبتهم لشاركوا في ذلك وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم المسلمين
يرد عليهم اقصاهم وعلى ظاهر المذهب فسوا اخرجوا من الجيش باذن الامام
او بغير اذنه ولا يشترط في مشاركة الجيش للسرية فيما غنمته ان
يتبعها الجيش اذا خرجت بعد انفصال الجيش عن بلد الاسلام وقال
عبد الله اذا اخرجت السرية فاتبعها الوالي ببقية عسكره فلقيها وهي
قافلة قد غنمت انهم شركا فيما غنمت فلعل هذه الصورة سيل عنها هذا
ولو سيل ولم يذكر له اتباع الجيش لها بل اقام في موضعه لساوى بينهما في
الحكم والله تعالى اعلم واما ان بعث الامام سرية من بلد الاسلام تتقدمه
يتبعها فغنمت قبل خروجه ثم لحقها بموضع خروجه فلا شي له فيما فيما
غنمت ولو بعثها الامام من بلد الاسلام فخرجت قبل خروجه ثم تبعها
فغنمت بعد خروجه فقال اشهب الغنيمة للسرية والجيش حكاه
عنه ابن المواز واختاره وحكي عن عبد الملك ما ظاهره التسوية بين المسلمين
وان الغنيمة تشترك فيها السرية والجيش وهذا يحتمل ان كلامه
في اصل المسئلة خلاف فقال اشهب اذا اغار العدو على قرى من بلاد الاسلام
فدفع اهل كل قرية عن انفسهم وانهزم العدو فلاهل كل قرية ما غنموا
لا يشركهم الباقون ويخمس الجميع الا ان تكون القرى متقاربة فهم شرع
سوا فيما اذا كانت كل قرية على نحو من بقية القرى لها قال سحنون
اذا كان مكانا واحدا او مصرا واحدا فهم شركا كانوا اهل قرية
او قرى وان كان المكان ليس في حوز واحد فاغاروا على جهتين

فلكل حصة ما غنموا وفروع هذا الباب كثيرة لا يليق استيفاؤها بهذا الكتاب
واما قول المؤلف والا فهم كالمتلصصين يعني وان لم يكن جيش يستند اليه
بل خرج رجل وحده او جماعة متلصصون وجيبية يعبر بها الخارج بجيش
فان كانوا مسلمين احرارا خمس ما غنموه وقسم بينهم على سنة قسم الغنائم
وان كانوا اهل ذمة ترك لهم ما غنموه ولم يخمس واختلف في العبيد على
قولين فقيل يلحقون باحرار المسلمين لمشاركتهم في الدين وقيل لا يلحقون
لسقوط فرض الجهاد عنهم وتردد بعض الشيوخ في النساء اذا انفردن
وفي الصبيان اذا انفردوا هل يخمس ما غنموه قال ولا نعلم النص خلافا في انه
يخمس ما اصابوه من ركاز واشار غيره الى تخريج ذلك على حكم العبيد فيما
اذا انفردوا بغنيمة واختلف في الذمي او العبد اذا وجد ركازا اهل
يخمس ام لا قال سحنون في مدينة اغار عليهم العدو على اميال فخرجوا متفاوتين
فظفروا او غنموا فلا يدخل في ذلك الا من برز من المدينة وان لم يرهم العدو
ولا شي لمن خرج بعد الوقيعة قال ولو كانت المدينة ثغرا او محرسا مثل محارس
المنستير والحصون التي على ساحلنا ومثل بعض مواضع الاندلس فالغنيمة
لمن برز ولمن لم يبرز لان هذه المواضع كجيش مجتمع وعزا ابن القسم مثله في
العتبية وعزا اشهب في كتاب ابن سحنون مثله الا انه لم يذكر الثغر
والحرس قال سحنون ولو ان الامام لما خرج الناس من المدينة حبس منها
طايفة حتى لا تخلى فيميل اليها العدو كان لمن بقي فيها حظهم في الغنيمة
لانه حبسهم لمصالح المسلمين قال ولو ان اهل طرسوس خرجوا في مراكبهم
الى بعض الجزاير فقال لهم الامام ليقم من كل مركب نفر لضبط المدينة
لما يخاف ان ياتيها العدو فلا يدخل من بقي في المدينة فيما غنم الخارجون في
المراكب لان هولاء لم ينزل بهم عدو وانما هم خرجوا اليهم واو لم يكن نزل
بهم العدو فهم متظاهرون عليه **وقوله** ومن مات قبل قسمها فسهمه
لورثته يعني ان من حضر القتال ثم مات بعد الفتح وقبل قسمة الغنيمة
فحقه في الغنيمة ثابت ياخذه ورثته ولا اعلم في مثل هذا خلافا فان قلت

قد اختلف

قد اختلف المذهب على قولين في الغنيمة هل تملك بنفس اخذها او بالقسمة
على الغانمين فكذلك اختلف العلماء خارج المذهب وبالقول الاول قال الشافعي
وبالثاني قال ابو حنيفة والذي ذكره المؤلف صحيح على القول الاول واما
على القول الثاني انها لا تملك الا بالقسمة فمن مات قبل قسمها فقد مات قبل
سبب الملك فلا يكون لورثته فيها شي قلت الخلاف المذكور ليس بعام
في جميع الصور وانما مرادهم به ادخال من لحق الجيش قبل القسمة او اسلم
او اعتق او بلغ او ما اشبه ذلك لا مطلقا وبنحو هذا فسروه وان اطلقوا
القول فيه في بعض المواضع فمرادهم ما قلناه ولهذا اذا ذكروا حجج القولين
احتجوا للقول الاول بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه
وللقول الثاني بانتظار النبي صلى الله عليه وسلم وتاخيره القسمة في قصة
هوازن رجاء ان يسلموا فيردها عليهم وقول المؤلف اما لو مات قبل اللقاء
فلا يسهم له وكذلك موت فرسه يعني سواء ادرب في بلاد العدو او لم
يدرب وكانه اشار الى ما في المدونة قال فيها ومن دخل ارض العدو غازيا
فمات قبل لقاء العدو ثم غنموا بعده فلا سهم له وكذلك موت فرسه
ويقع في بعض النسخ بازاء هذا الفرع من قول المؤلف ولو مات بعد اللقاء وقبل
القتال فقولان وبهذه الزيادة يتم كلامه في صور المسئلة وان لم يكن
عاما باعتبار ما فيها من الاتفاق والاختلاف الذي اشار بتقسيمه الى
ضبطه وذلك ان الخارج للجهاد ان مات قبل انفصاله من بلده او بعد
ما فصل عنها وهو بحوز بلاد المسلمين فلا اختلاف فيه منصوصا انه
لا سهم له وفي الموازية فيمن خرج للغزو فمرض فخلفوه في ارض الاسلام
لمرضه ثم ذهبوا عنه فغنموا انه لا يسهم له معهم فاراد بعض الشيوخ
ان يخرج من مرض هذا خلافا في الموت ببلاد المسلمين ثم فرق هذا الشيخ
بان المريض يتوقع برؤه ولحاقه بالجيش فهم كالمتشوفين الى معونته
وذلك ضرب من المنفعة في الحرب بخلاف من مات فانه قد انقطع
الرجاء منه وتفريقه هذا صحيح والله تعالى اعلم وان مات بعد ذلك فقال

ابن الماجشون انه يستحق ذلك بالادراب الى حين القفول وان لم يكن في جماعة
في عدد افتتاحها هذا القتال وهو قول ابن القسم في سماع يحيى والقول الثالث
انه لا يستحق شيئا هذا القتال اذا مات بعد الا ما قسم وافتتح بذلك
القتال خاصة ومثل ان يكون حصن تحت سور فاخذ بعضه ثم مات فاخذ
بعده بعضه الاخر واما ما ابتدئ في قتاله من الحصون بعد موته فلا يسهم له فيه
وان كان قريبا ونقل هذه الاقوال الاربعة القاضي ابن رشد قال ويشبه ان يكون
هذا القول يعني الرابع هو مذهب المدونة فان قلت سبق من كلامه ما يدل على الاشارة
الى ان المولف لعدتنا وكلامه في هذه المسئلة بجميع صورها فاين في كلامه
اذا مات الغازي ببلاد الاسلام قلت في كلامه ما يدل عليه بطريق الاولى
ودلالة الاولى كالمنصوص عليها بالنسبة الى المولف ومن يسلك في الاختصار مسلكه
وذلك انه اسقط السهم في حق من مات قبل اللقاء ومن مات ببلاد الاسلام يصدق
عليه انه مات قبل اللقاء وان منعت انه يصدق عليه وانما يصدق على من مات
ببلاد العدو وقبل اللقاء فاذا امتنع هذا من السهم فلان يمنع منه من لم يدخل بلاد
العدو احرى **وقوله** وللفرس سهمان وللفارس سهم كالراجل تصور كلامه
ظاهر فان قلت لم ذكر المولف حكم الراجل وذكره بحكم التشبيه وعدل
عما فعله اكثر المولفين لانهم انما يتكلمون على الفارس وفرسه لانه محل الخلاف
على ما سياتي واما الراجل فلم يختلف فيه قلت يحتمل ان يكون المولف اراد
بالتشبيه الاشارة الى ما يقوله غير واحد هنا في السبب الذي لاجله اعطي
الفرس سهمين وللفارس سهم وهو ان مونة الفرس اكثر من مونة راكبه
لانه يحتاج الى علف ومن يخدمه بخلاف الفارس فانه لا يحتاج الى من يخدمه
واذا كان لذلك اشبه الفارس بخصوصية الراجل فجعل للفارس مثل الراجل
وضوعف ما للفارس وجعل ذلك الضعف سهما للفرس وما ذكره المولف الفرس
من سهم الفرس هو المعروف في المذهب وهو قول جماعة العلماء خارج المذهب
حاشى ما يحكى عن علي وابي موسى وابي حنيفة ونسبه بعض المولفين لابن
وهب فانهم جعلوا للفرس سهما واحدا كسهم فارسه وحكي عن ابي حنيفة
لا افضل

لا أفضل بهيمة على انسان وحجة الجمهور ما رواه البخاري عن ابن عمر ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما وروى ابو داود
عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم لرجل ولفرسه ثلثة اسهم
سهما له ولفرسه سهمين وروي في حديث ابن عمر وهو حجة ابي حنيفة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما لكن الحديث الاول
صحح ما رواه البخاري وابو داود **وقوله** ولا يسهم للثاني على المشهور
الى اخره لا خلاف في ان الفرس الواحد يسهم له وانما الخلاف هل يسهم له
مثل سهم الراجل او مثلاه كما تقدم ونقل المولف الاتفاق انه لا يسهم
لما زاد على فرسين وانه اراد المذهب وهو مذهب جمهور العلماء ونقل عن
سليمان بن موسى انه اذا ادرب بافراس اسهم لكل واحد منها وقيل يسهم
لفرسين والمشهور انه لا يسهم للثاني كما قال المولف وقال ابن وهب وابن حبيب
وهو الذي قواه ابن الجهم وهو مذهب جماعة خارج المذهب انه يسهم
للثاني وجاء في الاثار ان الزبير رضي الله تعالى عنه كان له فرسان يوم خيبر
فلم يسهم له الا لفرس واحد واذا كان فرس بين رجلين فسهماه
للذي حضر به القتال وان كان الاخر ركبه في اكثر طريقه وعليه
للاخر اجرة وان شهدا عليه القتال جميعا فلكل واحد منهما بقدر ما حضر
عليه من القتال وعليه نصف الاجارة قاله مالك في كتاب ابن سحنون **وقوله**
وان كانوا في السفن ومع بعضهم خيل فكذلك يعني ان سهم الخيل لا يفترق
حكمه بين البحر والبر لانهم اذا حملوها في البحر فانما المقصود بها القتال
عند الحاجة اليها فلا يمنع من الاسهام عليها لها عدم الحاجة اليها في بعض
الحالات كما لو نزلوا عنها وقاتلوا رجالة لوعر في موضع القتال وما
اشبه ذلك وكما قال في المدونة باثر هذه المسئلة ولو سروا رجالة ولبعضهم
خيل فغنموا وهم رجالة اعطي من كان له فرس ثلثة اسهم وراى بعض الشيوخ
ان لا اسهم للخيل في مسئلة السفينة لانها لم تشهد القتال ولم تبلغ الموضع
الذي تصلح فيه للقتال عليها بخلاف مسئلة السرية المذكورة الان **وقوله** والبدون

الحرة قال ابن حبيب البراذين هي العظام قال الباجي يريد الجافية الخلقة العظيمة
الاعضاء وقال عيسى هي ما كانت امها وابوها نبطيين فان كانت الام نبطية
والاب عربيا كان الفرس هجينا واذا كان بالعكس كان الفرس مقرفا ونحوه
من علي هذا وقال ابن حبيب الهجين الذي ابوه عربي وامه من البراذين وقد شرط عربي
في المدونة والموطا في البراذين اجازة الوالي لها وشرط ابن حبيب كونها تشبه
الخيل في القتال عليها والطلب بها وهو مراد المؤلف بقوله تقدر بها على الكر والفر
كعربها وهو قريب من قول ملا عيسى وان كان بعضهم حمله على الخلاف
فالامام هو الذي يميز بين من ثبت له هذا الوصف وبين من لم يثبت له وقال
الاوزاعي لم يكن احد من ائمتنا يسهم للبرذون فيحتمل انه لا يجعل له في المغنم
قليلا ولا كثيرا ويحتمل انه يريد السهم الكامل الذي للخيل وان كان يجعل
له دون ذلك وخرج ابن ابي شيبة وغيره ان الخيل اغارت بالشام وعليهم
رجل من همدان يقال له المنذر بن ابي حميضة الوادعي فادركت العراب
من يومها وادركت الكوادن ضحى الغد فقال لا اجعل ما ادرك كما
لم يدرك فاسهم للعراب سهمين وللبراذين سهما ثم كتب بذلك الى عمر رضي
الله تعالى عنه فاعجبه ذلك وقال هبلت الوادعي امه لقد اذكرت به
امضوها على ما قال فجرت سنة للخيل بعد قال ابن عيينة وفيه يقول الشاعر
ومنا الذي قد سن في الخيل سنة وكانت سواء قبل ذاك سهامها
قال سحنون اذا دخل بفرس لا يقدر ان يقاتل عليه من كبر او من ضعف
لا يركب فهو راجل لا ينبغي للامام ان يجيزه قال الباجي وهذا يدل على
ان على الامام ان يتفقد امر الخيل فيجيز منها ما يجب ويرد ما لا يمكن
القتال عليه قال ابن عبد الحكم واناث الخيل كذكورها يسهم لها وذكره عليه
في البخاري قال راشد بن سعد كان السلف يستحبون الفحولة من الخيل لانها
اجرى واحسن قال بعضهم ان كان في الصغار بعض القوة يعني في الكر
والفر اسهم لها ولو دخل بفرس صغير فكبر وصار يقاتل عليه فله من
يومئذ سهم فرس قال سحنون كالصبي يبلغ في ارض الحرب فلا يسهم الا فيما
غنم



غنم بعد ذلك فان قلت ان المؤلف قابل الثلاثة الاول اعني البرذون
وما عطف عليه بالثلاثة الاخر وهي الابل وما عطف عليها والابل
مقابلة للبرذون والبغال للهجين والحمير للصغير وهو حسن منه لان الصنعة
وان كان يستعان بها في الجهاد الا ان الثلاثة الاول اقرب الى الخيل بكثير
من مقابلها وكل واحد من الثلاثة الاول اقرب الى مقابله من الاثنين
الباقيين فاذا كان هذا مراده فلم افرد الثلاثة الاول وجمع كل واحد
من الثلاثة الاخر وهلا قال بخلاف البعير والبغل والحمار قلت يحتمل لعله
بنى في هذا الموضع على ان المفرد المحلى بالالف واللام لا يعم وعلى ان الجمع
المحلى بها يعم وكذلك اسم الجمع فان كان بنى على هذا فالبرذون وما عطف
عليه لم يكن الحكم المذكور لها عاما فيها بل هو مقيد فيها بشرط
كونها تقدر بها على الكر والفر فناسب ان يعلق هذا الحكم على الماهية
لا يفيد العموم بل خصوصها هذا الوصف خاصة واما الحكم المذكور لمقابلها
وهو عدم السهم فانه عام فيها اعني الابل وما عطف عليها فناسب
ذكرها بصيغة الجمع لانه يكون التعبير به لذا الخلاف في كل واحد
من الابل وكذلك ما عطف عليها ولا سيما وتسبب توهم الخصوص في
الابل حاصل لان منها ما كانت العرب تقاتل عليه وقد تقدم في بعض
مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن فيها غير فرسين وقوله
والمغصوب من الغنيمة الى اخره يعني ان الفرس المغصوب اذا قاتل عليه
غاصبه فانه ينظر في سهمي هذا الفرس فان كان من الغنيمة فسهماه
للغاصب يعني في غنيمة اخرى بعد الغنيمة التي اخذ الفرس منها وكذلك
ان كان مغصوبا من غير الجيش الذي قوتل فيه بها هذا الفرس وان كان
من هذا الجيش يعني بشرط ان يكون مالكه ممن يستحق الغنيمة
ان لو قاتل عليه ففي ذلك قولان احدهما ان السهمين للغاصب
والثاني انهما للمغصوب منه ومن الشيوخ من يحكي القولين في هذه
المسألة على الاطلاق من غير تفصيل في الفرس هل غصب من غنيمة

اومن غيرها فان قلت قد ذكرت في القسمين الاولين من اقسام هذه المسألة
ان سهمي الفرس يكونان لغاصبه ولم تذكر في ذلك خلافا ولا يخرج فيهما
خلاف من الخلاف المشهور في غلات المغصوب هل تكون للمغصوب منه
او للغاصب قلت لا يبعد اجراء هذا الخلاف في هذا الموضع ولعل المولف
انما غير العبارة وعدل عن ان يقول فالسهمان للغاصب الى ان قال كغيره لهذا
وقد اشار الشيخ الذي حكينا الان عنه القولين الى تخريج هذا الخلاف وقد مضى
ما يشبهه في كتاب الصيد ومن معنى هذه المسألة من قاتل على فرس استعاره
وفي ذلك قولان احدهما ان سهمي الفرس للمعير والثاني انهما للمستعير قال بعضهم
وسبب الخلاف في هذين الفرعين ان السهمين اضيفا الى الفرس فهل تقدر ان ذلك
لاجل الفارس والفرس تبع له في هذا الحكم او تقدر السهمان مشترطة للفرس
ومعانته لكره وفره والكار والفار عليه في حكم التبع لهذا الحكم فان
قدرنا الاول كانت السهمان للمستعير وان قدرنا الثاني كانا للمعير لاسيما اذا
راعينا المقصود وقلنا لم يقصد المعير سوى هبة حركات الفرس لا هبة ما كان
عن الحركات من سهمين قال واما ان قاتل على فرس محبس للقتال عليه فان السهمين
يكونان للمقاتل اما ان بني على ان السهمين انما فرضا لاجل الفرس فظاهر واما على الوجه
الثاني فكان المحبس لما حبس الفرس للقتال واخرجه عن ملكه وقطع الانتفاع به
صار قاصدا للتسليم حركاته وما يكون عنها من سهمين فكان ذلك لراكبه
**وقوله** والغلول غير الطعام الى حرم الغلول الخيانة واختلف اهل اللغة
هل هي مقصورة على الخيانة في الحكم المغنم وهو مذهب ابي عبيد او هي عامة
في كل خيانة وعليه الاكثرون وهو الذي تدل عليه الاحاديث هذا وفعله
ثلاثي وهو غلّ يغلّ بالضم في المضارع واما الرباعي وهو اغل يغل عن الخيانة على
الاطلاق ومراد المولف بغير الطعام هو ما سيذكره في الثوب والدابة
واما كون الغلول محرما بالاجماع فهو مما لا شك فيه وقد جاء في الوعيد عليه
احاديث تقرب من التواتر مع قوله تعالى ومن يغلل يأت بما غل يوم القيمة
الى قوله وهم لا يظلمون وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشملة التي غلها
مدعم

مدعم لتلتهب عليه نارا وقال شراك او شراكان من نار وقال ابو هريرة
رضي الله تعالى عنه قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر الغلول وعظمه
وعظم امره وقال لا الفين احدكم يجي يوم القيمة على رقبته بعير له رغاء
يقول يا رسول الله اغثني فاقول لا املك لك شيا قد ابلغتك وقال في الفرس
والشاة والنفس والرقاع والصامت مثل ذلك وقال الغلول نار وعار وشنار على
صاحبه يوم القيمة او كما قال صلى الله عليه وسلم وامتنع من الصلاة على من
غل وكبر على الجماعة الذين وجد فيهم كما يكبر على الميت ولم يدع لهم
ودعا لغيرهم واشد منه ما روي عن سمرة اما بعد فكان رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول من يكتم غالا فهو مثله وهذه الظواهر تقتضي انه
كبيرة وهكذا قال غير المولف وهو احسن لانه لا يلزم من كونه محرما
ان يكون كبيرة والله تعالى اعلم ثم المذهب على ان الغال يودب ولا يحرق
رحله ولا يمنع من سهمه من الغنيمة اما ادبه فظاهر لتعديه واطلق اهل
المذهب القول بادبه وشرط الشافعي والليث في ادبه ان يكون عالما بالنهي
واما انه لا يحرق رحله فهو مذهب الشافعي وابي حنيفة وقال جماعة يحرق
رحله قال الاوزاعي واسحاق الا السلاح وثيابه زاد الاوزاعي والاسرجة
وقال ولا تنزع منه دابته قال ولا يحرق الشي الذي غل قال ولا عقوبة عليه
غير ذلك وقال الحسن يحرق جميع متاعه الا ان يكون حيوانا او مصحفا
والجمهور ايضا على انه لا يمنع سهمه من الغنيمة ومنعه بعضهم من ذلك والمخالفون
للمذهب في هذا الفصل تمسكوا بما رواه صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا وجدتم الرجل قد غل فاحرقوا متاعه واضربوه
وفي بعض طرقه الفاظه فاضربوا عنقه واحرقوا متاعه وصالح هذا ضعفه
مالك والبخاري وغيرهما وروى زهير بن محمد عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
ان النبي صلى الله عليه وسلم وابا بكر وعمر حرقوا متاع الغال وضربوه قالوا
وزهير بن محمد ضعيف وقد تقدم ان الغلول هو الخيانة اما مطلقا واما في الغنيمة
وعلى التقديرين فذلك انما هو بحسب اللغة واما في الشرع فبحسب ما وقع في

الكتاب والسنة واما في اصطلاح حملة الشرع فمقصور على الخيانة في الغنيمة
وعلى هذا فقول المولف في غير الطعام موهم ان الغلول الذي هو الخيانة جار في
الطعام وما ذكر معه وليس كذلك فان ما ياخذه المجاهد من ذلك على الوجه
الذي نفسره بعد هذا مباح سوا اخذه خفية او ظاهرا ولهذا اصلح من المولف ان يقول
واما الطعام فلكل واحد حاجته يريد ما ياكله في نفسه او يعلفه لبهيمة
وهو مذهب جماعة العلما وحكي عن ابن شهاب انه لا يوخذ الطعام في ارض الحرب
الا باذن الامام واحتج الجمهور بما في الصحيح عن ابن عمر قال كنا نصيب في مغازينا
العسل والعنب فناكله ولا نرفعه وبحديث عبد الله بن مغفل قال اصبت
جرابا من شحم يوم خيبر قال فالتزمته فقلت لا اعطي اليوم احدا من هذا شيا قال فالتفت
فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم متبسم ويمكن ان يقال الحديث الاول يجري
مجرى حكاية الحال ولا عموم لها لاحتمال ان يكون ذلك عن اذن النبي صلى
الله عليه وسلم واما الحديث الثاني فما كان اخذه لذلك الجراب الا عن اقرار النبي
صلى الله عليه وسلم وهو يجري مجرى الاذن بل التبسم اظهر لان كثر الاحاديث
في هذا الباب تدل على صحة ما قاله الجمهور كحديث عبد الله بن اوفى وغيره وقوله
وفي اخذ الانعام لحاجة للذبح قولان القول بالجواز ذلك هو المعروف في المذهب
ذكره في المدونة وغيرها والقول الثاني ذكره المتاخرون ولا اعرف الان
لمن ينسب من اهل المذهب وهو مذهب الشافعي واحتج اهل المذهب بما روى
ابن وهب ان معاذ بن جبل قال كان الناس لعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ياكلون
مما غنموا من ماشية ولا يبيعونها ما داموا يحتاجون اليها فقسمها النبي صلى الله عليه وسلم
واخذ منها الخمس وقال صلى الله عليه وسلم لنفر من العسكر اصابوا غنما كثيرة
لو اطعمتم اخوانكم منها قال فرميناهم بشاة شاة حتى كان الذي معهم اكثر
من الذي معنا وفي صحيح مسلم عن رافع بن خديج قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
بذي الحليفة من تهامة فاصبنا غنما وابلا فعجل القوم واغلوا بها القدور فامر
بها فكفئت ثم عدل عشرا من الغنم بجزور وهذه حجة القول الاخر واما رد
ما فضل فسنتكلم عليه الان عند ما يعيد المولف الكلام عليه وقوله

وفي السلاح



وفي السلاح بنية الرد للقسم قولان انما شرط في السلاح من اجاز اخذها نية
الرد لانها مما ينتفع به مع بقاء عينه بخلاف الطعام والحيوان للذبح عند
من اجاز اخذه فانه لا ينتفع به الا باتلاف عينه والقائل بجواز اخذ السلاح
بنية الرد هو ابن القسم والقائل بالمنع هو ملك في رواية علي وابن وهب عنه
وكلا القولين في المدونة قال القاضي ابن رشد ان الخلاف يرتفع في جواز الانتفاع
بالخيل والسلاح في معمعة الحرب وانما اختلفوا هل يمسكها حتى
ينقضي القتال وتقفوا على الخيل قال في المدونة محتجا لرواية المنع ولو جاز ذلك
لجاز ان ياخذ العين ويشتري به هذا فاشار بعض الشيوخ الى التزام جواز
اخذ العين لما ذكر اذا دعت الضرورة اليه اذ لا فرق بين اخذ هذه
الاشيا عند الضرورة اليها ولا بين اخذ ما يشتريها به ومنهم من يرى ان
الشرا زيادة تصرف على ما اذن فيه اذ لا يلزم من جواز التصرف في شي ما على
وجه ان يجوز على سائر الوجوه وكما في الطعام وهذا هو الذي تسكن
النفس اليه وقال النبي صلى الله عليه وسلم من كان يومن بالله واليوم الاخر
فلا يركب دابة من المغنم حتى اذا اعجفها ردها في المغنم ومن كان يومن
بالله واليوم الاخر فلا يلبس ثوبا من المغنم حتى اذا اخلقه رده في المغانم فهذا
الحديث مما يتمسك بظاهره من منع اخذ السلاح اذ لا فرق بين السلاح
وبين الفرس لان الفرس من الدواب والتمسك به اظهر في قول المولف وذلك
ثوب يلبسه او دابة يركبها الى بلده والقولان ايضا في هذا الفرع كما هما
في السلاح ولو جمع المولف ذلك كله في مسالة واحدة لكان اخصر وقوله
ويجب الرد للجيش الا في اليسير يعني ان ما فضل للمجاهد مما ابيح له اخذه فلا
يخلو ان يكون كثيرا او يسيرا فان كان كثيرا رده للجيش ان امكن
وان كان يسيرا لم يلزم رده وجاز له اكله اما رده للكثير فلانه زايد
على قدر الحاجة والاباحة كانت مقصورة على الحاجة فالزايد عليها غير
داخل في قسم المباح وقوله فان قلت يلزم مثله في اليسير لانه زايد
على قدر الحاجة قلت هذا هو القياس لولا ان قدر الحاجة لما لم يكن منضبطا

عند كيل معلوم ولا ميزان محصور بل يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال
والازمنة فيردوا الزايد عليه اذا كان يسيرا في حكم ما دعت الحاجة اليه
والله اعلم وظاهر كلام ابن القاسم وسالم في المدونة انه يجوز له اكل الكثير
والقليل قالا ولم يكن له بيعه وكانهما راعيا حال الاخذ لان الفرض انه
اخذ ما يظن انه قدر الحاجة وطرو الغنا عن الماخوذ بعد اخذه كطرو الغنا
على الفقير بعد اخذ الزكاة **وقوله** فان لم يمكن فكالمجهول يتصدق به
على المشهور يعني ان الكثير اذا لم يمكن رده الى الجيش فانه يكون حكمه
حكم اللقطة اذا امضى لها عام ولم يعلم لها مالك فانه يتصدق بها وهو مراده
بالتشبيه بالمجهول والقول الشاذ المقابل للمشهور هو قول ابن المواز انه لا يلزم
تعميم الصدقة في هذا المال بل يتصدق به حتى يبقى اليسير فيجوز له اكل ذلك اليسير
كما يجوز له اكله لو كان هو جميع الباقي وهو بعيد لان اليسير قد يغتفر في
نفسه ولا يغتفر اذا كان مع غيره من جنسه فان قلت اليس ان هذا الفرع
مفروض عند عدم امكان الرد وهو ما اذا افترق الجيش او لم يعلم اعيان المقاتلين
واذا كان كذلك فهذا هو المال المجهول من يستحقه فلم شبهه المولف
بالمجهول ولم يجعله عين المجهول قلت الجهالة انما هي في مستحق اربعة اخماس
هذا المال واما الخمس الباقي فمستحقه معلوم ولكن اهل المذهب لما جعلوا حكم
هذا الخمس تابعا لحكم اربعة الاخماس ومستحقها مجهول حسن من المولف
تشبيهه بالمجهول لذلك وقد قال الليث يتصدق باربعة الاخماس ويجعل خمسه
في بيت المال فهذا احكى بمذهب الليث هنا بعض الايمة من المتاخرين وحكاه
عنه غيره وعن اكثر اهل العلم في الغلول اذا تاب الغال والمعنى واحد وطرد مالك
انما اصله في الغال اذا جاء تائبا انه يتصدق بما غل اذا افترق الجيش وحجة
الليث والاكثرين ما روي ان مالك بن عبد الله الخثعمي غزا ارض الروم فغل رجل
مائة دينار ثم اتى بها معاوية فابى ان ياخذها وقال قد تفرق الجيش وتفرقوا
فاتى بها عبادة بن الصامت فذكر ذلك له فقال ارجع اليه فقل له خذ خمسك
وتصدق انت بالباقي فان الله اعلم بهم جميعا فاتى معاوية فاخبره فقال لان كنت

انا افتيتك

انا افتيتك بهذا احب الي من كذا وكذا **وقوله** واذا اوصى به ولم يعلم
تحققه فمن الثلث هذا الحكم ذكره في الغلول وظاهر كلام المولف انه لو
تحقق لكان من راس المال والمنقول انما يكون من راس المال اذا كان قريبا وما
تطاول يكون من الثلث والكلام في هذه المسئلة قريب من الكلام في الوصية
بالزكاة وينبغي ان يلتفت فيهما الى اصلي ابن القاسم وابن حبيب فيمن اقر في مرضه
بما يعتقد انه يخرج من راس ماله وكان الحكم انه لا يخرج من راس ماله هل
يخرج من الثلث اولا **وقوله** ولو اقرضه لمثله لم يجب رده اليه الضمير المنصوب
في قوله اقرضه لا يرجع عوده على ما اخذ على وجه الغلول وانما هذا حكم ما
اخذه المجاهد من الطعام الذي ابيح له اخذه فاقرضه لبعض المجاهدين ممن يحتاج
منه ما يحتاج اليه الدافع وهو مراد المولف بقوله لمثله قال في المدونة وما
استغنى عنه من طعام في ارض العدو فليعطه اصحابه بغير بيع ولا قرض
فان اقرضه فلا شي على المستقرض برده لان المجاهد لم يملكه الملك التام
وانما ابيح له الانتفاع به على وجه وهو اكله فاذا انفرق فيه بالمعاوضة
فقد تصرف على غير الوجه الذي اذن له واذا فرض ان قابضه منه من المجاهدين
وانه يحتاج مثل ما احتاج دافعه فقد اشتركا في الحاجة وترجح قابضه
بحيازته عن غيره كما لو سبق اليه ومنع غيره منه والكلام في هذا
الفصل يشبه الكلام في طعام الضيف وانه كما يقال لا يستحق الا بالاكل
ولا يستحق بوضعه بين يديهم واختلف ان رد المستقرض من طعام يملكه
هل يرجع فيما عاوض به سواء كان قايما بيد المقرض او فاتنا او لا يرجع فيه
الا لشرط القيام كمن اثاب من صدقته ظنا منه ان ذلك يلزمه والاول
راى انه لما لم يمكن الا بشرط العوض خرج عن معنى من سلط على ماله جهلا
قال بعض الشيوخ اذا لم يكن على المستقرض رد المثل لم يكن على المشتري ثمن
**وقوله** وعلى المبادلة بينهم كلحم بعسل او سمن ونحوه ظاهر قوله وعلى
المبادلة انه لو امتنع من دفع العوض فيها لما اجبر عليه وهو مبني على ما تقدم
انه لا يجب رد العوض في القرض لان المبادلة والقرض يشتركان في انهما

عقدا معاوضة فاذا لم يجب رد العوض في احدهما وجب مثله في الاخر لكنه ان لم
يعثر على ذلك حتى رد العوض في المبادلة فانه يمضي كما لو رد العوض في القرض مما
تحت يده من طعام الغنيمة وفي المدونة وان اخذ هذا عسلا وهذا لحما وهذا طعاما ما
فتبادلوه ومنع احدهم منه صاحبه حتى يبادله فلا باس به ولذلك العلف
فانظر هل سقوط هذا مع ظاهر كلام المولف وما يقتضي مفهومه واختلف هل تجوز
المفاضلة في الجنس الواحد والنسيئة في الجنس والجنسين فاجاز سحنون بدل القمح
بالشعير متفاضلا ومنعه ابن ابي الغمر الا متساويا وانتهى بعض الشيوخ الى انه اذا
وقعت المعاوضة فيما يستغني عنه من خرج من يده ولا يستغني عنه ايضا اخذه
فمثل هذا ايضا التاخير فيه لان كل واحد من الاخذ والدافع يجب عليه ان يعطيه
لمن احتاج اليه وان كانت المعاوضة فيما يحتاجان اليه لكن حاجة كل
واحد منهما الى ما في يد صاحبه اشد من حاجته الى ما في يده فهذا يجب فيه المناجزة
لان كل واحد منهما قد ملك ما في يده فلا بد من التناجز والمساواة فيما يطلب فيه ذلك
من غيرها وقد تقدم ان الكلام في هذه المسالة شبيه بالكلام في طعام الضيف
واذا لاحظت ذلك فلا يبعد سقوط المناجزة فلا يحتاجان اليه والله تعالى اعلم
**وقوله** ومن باع شيئا من ذلك فثمنه للغنيمة يعني ان من باع شيئا من الطعام
الذي يباح اكله للمجاهدين فقد صار ثمنه كله من الغنيمة والدنانير والدراهم
لا يجوز اخذها من الغنيمة قبل القسمة فكذلك ثمن الطعام وهذا ظاهر اذا قلنا
انهم لا يملكون من الطعام الا الاكل قال في المدونة وكل ما اذن في النفع به من المغنم
فبيع فان ثمنه يرجع مغنما وخمس وحكى عن بعض اهل المذهب انه اجاز ان يبيع من ذلك
ما يصرف ثمنه في شيء من الاشياء التي يجوز له الانتفاع بها ان لو كانت في الغنيمة
كالسلاح **وقوله** فاما من نحت سرجا او برى سهما فهو له ولا يخمس هكذا
اطلق المولف الكلام كما تراه ولم يفصل بين اليسير والكثير وكذلك اطلق القول
فيه في المدونة الا ان سحنونا قيده باليسارة ووقع في بعض روايات المدونة باثر
كلام سحنون وقيل ان كان له قدر اخذ اجارة ما عمل والباقي يصير فيئا وعلى هذا
الوجه وقعت المسالة في كتاب ابن المواز والمسالة من جهة المنقول في غاية التشعب

وكثرة الاقوال

وكثرة الاقاويل ولا اشكال من ان يقتصر المولف على ما ذكرناه عن المدونة
وظاهر هذا الكلام من سحنون انه قصد به التفسير وحمله جماعة منهم ابن رشد
على الخلاف قال ابن رشد لما ذكر المسالة وقد اختلف فيه اذا كان كثيرا على
ثلاثة اقوال احدها انه له او يخرج به ولا شيء عليه والثاني انه ياخذ اجارة ما عمل
والباقي فيء وهذان القولان في المدونة كما ذكرنا اذا كان كلام سحنون
خلافا قال والقول الثالث ان جميعه فيء ولا اجر له في عمله وهو قول ابن القسم
في سماع سحنون قال واما اليسير فلا اختلاف في انه له ولا شيء عليه وهذا الاختلاف
انما هو فيما عمل مما لا ثمن له او مما له ثمن على مذهب من يرى ان للرجل ان ياخذ من
ارض العدو وما يحتاجون اليه في بيوتهم من اسبابهم المباحة مثل المسن والدوا من
الشجر والطير للاصطياد اذا احتاجه وهو قول ابن وهب وابن عبد الحكم
واما على مذهب من يرى انه ليس له ان ياخذ شيئا من ذلك اذا كان له ثمن
وان من صار له للاكل حكمه حكم طعام الغنيمة ان من باع شيئا جعل الثمن
في المقاسم وهو قول ابن حبيب في الواضحة وعزاه الى مالك واصحابه فيتخرج على
قولين احدهما انه يرد في المقاسم ولا اجر له والثاني انه يكون له فيه اجر مثله
والباقي فيء **وقوله** والشان قسم الغنائم في دار الحرب وهم احق برخصها
هذا لفظ المدونة او قريب منه ومذهب مالك والشافعي والاوزاعي ان قسم
الغنائم ببلد الحرب اولى ما لم يعرض موجب لتاخير القسم وقال ابو حنيفة
تقسم الغنيمة ببلاد المسلمين الا ان يحتاج الجيش الى ثياب وما اشبه
ذلك فيقسم بينهم ويبقى الباقي الى بلاد الاسلام وقال ابو يوسف احب الي
ان لا تقسم في بلد الحرب الا ان لا يجد حمولة فيقسمها في دار الحرب وفي
صحيح البخاري من حديث مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال حين جاءه وفد هوازن مسلمين فسالوه ان يرد اليهم
اموالهم وسبيهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احب الحديث الي اصدقه
فاختاروا احدى الطائفتين اما السبي واما المال وقد كنت استانيت بكم
وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم انتظرهم بضع عشرة ليلة حين قفل من

الطايف لحديث الغيرفي قوله وقد كنت استانيت بكم دليل على ان عادته تقديم
القسمة قبل القفول وانما اخرها في القصة لما رجاه من اسلامهم والله تعالى اعلم
وفي الحديث عن عبد الله بن بريدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا الى خالد
ليقسم بينهم الخمس فاصطفى علي منها سبية فاصبح علي يقطر راسه فقال خالد
لبريدة الا ترى ما صنع هذا الرجل قال بريدة وكنت ابغض عليا فاتيت رسول
الله صلى الله عليه وسلم فلما اخبرته قال اتبغض عليا قلت نعم قال فاحبه فان له في
الخمس اكثر من ذلك ومعنى هذا الحديث في صحيح البخاري ايضا وهو قريب من معنى
الحديث الذي قبله قال اهل المذهب في قسم الغنيمة ببلد الحرب تطييب نفوس
الجيش وحفظها لانه اذا اخذ كل انسان نصيبه تولى حفظه اكثر مما
اذا بقيت مشتركة بينهم وهل تلحق السرايا بالجيوش في هذا الحكم اما ان خرجت
السرية من بلد الاسلام فانها تقسم حيث تامن من بلاد الحرب او في طرف بلاد
المسلمين واما ان خرجت من الجيش فقال سحنون الصوليب والجيوش ليست
سيرتهم سيرة السرايا انما تعود الى الجيش وذكر انه قول اصحابنا الا ان الماجشون
فانه قال الا ان يخشى من ذلك في السرية مضرة من تضييع وطرح اثقال وقلة طاعة
وال السرية فتباع الغنيمة ويلزم كل مبتاع حفظ ما ابتاعه وفي قول المولف
وهم احق برخصها تنبيه على الجواب عن سوال مقدر لان بعض من اختار قسمها
ببلد الاسلام زعم ان في قسمها ببلد الحرب تضييع الاموال لانها تباع هنالك
رخيصة فقال الامام هم اولى برخصها اي ان ذلك الرخص راجع اليهم لانهم هم
المشترون لها وظاهر قوله هم احق برخصها انها تباع للقسم ولا تقسم هي لان
قسمة اثمانها اقرب الى المساواة من قسمتها لما يدخل من الخطا في التقويم وقال
سحنون تقسم الاثمان ان وجد من يشتري والا قسمت هي وقال ابن المواز بحسب نظر
الامام في ذلك وظواهر الاثار تقتضي قسمتها هي لا قسمة اثمانها ثم النظر في كيفية
قسمتها اذا قسمت هي او قسمت اثمانها محال على كتاب القسمة وقوله
واذا ثبت ان في الغنيمة الى قوله يعني اذا وجد في الغنيمة شي من اموال المسلمين وفي
معناها اموال اهل الذمة لاشتراكها في العصمة وعثر على ذلك قبل قسمتها

فهذا



فهذا الموجود اما ان يعلم ربه بعينه واما ان لا يعلم فان علم بعينه دفع له ان كان
حاضرا ووقف ان كان غايبا ولم يلزمه عوض الثمن وهو معنى قوله رد مجانا
وان لم يعلم ربه بعينه وانما علم ان ذلك من اموال المسلمين على الجملة فهل يقسم
الان على حكم الغنيمة او يوقف على حكم اللقطة قولان المشهور منهما القسم
وهو مذهب مالك والشاذ الوقف وهو مذهب جماعة منهم ابن المواز والقاضي
عبد الوهاب لكن ظاهر كلام ابن المواز انه يوقف ما دعي العلم بصاحبه
وظاهر كلام القاضي وقفه مطلقا وقال البرقي وعبيد اذا غنموا احمال متاع
مكتوب عليها هذا لفلان وعرف البلد الذي اشتري منه كالكتان بمصر
وشبهه لم يجز قسمه ووقف حتى يبعث الى ذلك البلد فيكشف عنه فان وجد
من يعرف ذلك والا قسم قالا ولو عرف ذلك واحد من العسكر لم يقسم وروي
ابن وهب عن مالك اذا عرف صاحبه ولم يستطع تسليمه اليه قسم ولابن القاسم ان
اهل الحرب يملكون علينا فاذا اخذ عبد لاهل الاسلام ثم غنم لم يكن لسيده
اليه سبيل قبل القسم ولا بعده وهذه الاقاويل منها ما يوافق نقل المولف بالتاويل
ومنها ما لا يمكن ذلك فيه واليك النظر في ذلك واعلم ان في قول المولف واذا ثبت
وشرطه الثبوت مع العلم بعين المالك مخالفة لعبارة اهل المذهب في هذه المسالة
وهي قولهم فان عرف ربه لان لفظ الثبوت انما يستعملونه فيما هو سبب للاستحقاق
كالشاهدين وما يقوم مقامهما ولفظ المعرفة والاعتراف وما اشبه ذلك
يستعملونه فيما دون ذلك او فيما يشمل البينة وما دونها وفي كلام البرقي
وعبيد الذي قدمناه الان اقوى دليل على ذلك ومنه استعمالهم لفظ المعرفة
في باب اللقطة ومعرفة العفاص والوكا وبالجملة الدلايل المفيدة للظن القوي
او العلم المستفاد من القراين وما اشبه ذلك واختلف العلما هل للكافر
شبهة ملك فيما غنمه من اموالنا ام لا فذهب مالك وابو حنيفة الى اثبات
هذه الشبهة وهو ظاهر ما حكوه عن عطا وعمرو بن دينار وغيرهما وذهب
الشافعي وجماعة الى نفي هذه الشبهة وانهم لا يملكون علينا شيا وهو
الاظهر عندي وقد اخذ المشركون ناقة النبي صلى الله عليه وسلم وهربت ام سلمة

عليها من عندهم ونذرت نحرها ان اوصلتها فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا نذر في
معصية ولا فيما لا يملك ابن ادم فدل على ان ملكه صلى الله عليه وسلم لم يسقط
بحيازة الكفار لناقته واحتج للمذهب بقوله صلى الله عليه وسلم وهل ترك لنا
عقيل من دار وهذا فيه التفات الى ان ملك المسلم يسقط باستيلاء الكافر
عليه وبان الاجماع حاصل انهم اذا استهلكوا ما في ايديهم مما غنموه من المسلمين
ثم اسلموا فانهم غير مطالبين بعوضه وهذا يدل على حصول تلك الشبهة
اذ لو لم يكن كذلك لغرموا ما استهلكوا والاستدلال بالاول انما يتم
على مذهب من يرى ان مكة افتتحت عنوة وفيه مع ذلك نظر واما الثاني
فلا حجة فيه اذ محل سقوط الغرامة انما كان استيلافا لهم على الاسلام
لان في اتباعهم بذلك تنفيرا لهم من الدخول في الاسلام وقد امتثل الجمهور هذا
في المقاتلين على تاويل القران **وقوله** ويبعث خدمة المعتق الى
اجل والمدبر والكتابة بخلاف ام الولد ان ثبت ذلك يعني اذا فرعنا على المشهور في
بيع مال المسلم اذا لم يعلم مالكه بعينه وكان من مال المسلم معتق الى اجل او مدبر
او مكاتب او ام ولد فانه تباع خدمتهم حاشى ام الولد لان خدمتهم مال من
الاموال فيباع منهم ما كان لساداتهم ولا تباع خدمة ام الولد اذ لا خدمة
لسيدها عليها وانما له فيها متعة وهي مما لا يقبل المعاوضة فيها ولا نقل الملك
واعلم ان بيع خدمة المعتق الى اجل جائز لانضباط زمانها ولذلك بيع كتابة
المكاتب على ان فيها اشكالا وخالف فيها بعض الشيوخ والجماعة من الايمة
مما يذكر في موضعه ان شا الله تعالى واما بيع خدمة المدبر جملة على ما يقتضيه
ظاهر كلام المولف من بيع جميعها فليس بصحيح لانها محدودة بحياة السيد
وهي غير معلومة الغاية وانما ينبغي ان يواجر هذا المدبر زمانا محدودا مما يظن
حياة السيد اليه ولا يراد به على الغاية التي تذكر في كتاب الاجارة
ثم ان عاش بعد هذا الحد وسيده حتى جاوز تلك الغاية فالزمان على الغاية
من خدمته تكون كاللقطة لافتراق الجيش وعدم العلم باعيان من
يستحقها وانظر لو وجد في الغنيمة خادم جهلت عين مالكه دون من له فيه

للخدم



الخدمة او العكس واما قول المولف ان ثبت ذلك فمعناه ان الاصل قسم رقاب
هولاء المماليك فلا ينتقل عنه الى ما ذكرناه الا لامر يثبت وهذا الامر
ان كان بينة تشهد فلا اشكال في اعماله وان كان امارة دون ذلك
ففيه كلام يطول **وقوله** ولو جهل الوالي او تاول المقسم بعوا ان الوالي
الوالي اذا قسم مال المسلم المعلوم عين مالكه وفرعنا على المشهور ان ذلك
لا يقسم فهل يمضي قسمه ولا ياخذه مالكه الا بالثمن وهو قول سحنون
وظاهره سواء كان الامام متاولا او جاهلا قال وهي قضية من حاكم
وافقت خلافا او لا يمضي شي من ذلك وياخذه ربه بغير ثمن وهو قول
ابن حبيب او يفرق بين المتاول وغيره فالمتاول يمضي فعله على ما قال
سحنون وغير المتاول لا يمضي فعله على ما قال ابن حبيب وهذا هو اختيار
الاشياخ وهو الاصل في كتاب الاقضية ولا يبعد قول سحنون ضعف
**وقوله** فان ثبت بعد القسم فلمالكه اخذه بالثمن قد مضى الكلام على ما اذا
وجد مال المسلم في الغنيمة قبل ان تقسم واما ان ثبت انه مال مسلم معين
بعد ان قسمت وقام ربه بطلبه فذكر المولف انه ياخذه ان شا بثمنه
ان علم يعني بالقدر الذي قوم به في الغنيمة وان لم يعلم ذلك القدر اخذه بقيمته
يريد والله تعالى اعلم يوم ياخذه ويحتمل ان يريد بقيمته يوم قسم قالوا اذا
علم ثمنه فانه ياخذه به ان شا زاد في عينه او نقص بعيب او غيره لانه انما
يستحقه بسبب قديم كالشفعة وقد تلخص من هذا ان ما وجد من اموال
المسلمين في الغنيمة وعلم مالكه فالمعلوم المشهور من المذهب انه ياخذه
قبل القسم بغير شي وياخذه بعد القسم بالعوض وهو ايضا قول الثوري
والليث وعطا والحسن بن حي واحمد وروي عن عمر وسلمان الباهلي وذهب
الشافعي وابو ثور الى انه ياخذه في الحالين بغير شي وذهب ابن شهاب وعمرو
ابن دينار واختلف فيه عن علي الى انه لا شي لربه في الحالين وقال ابو حنيفة
ان ما غلبوا عليه فالقول فيه قول مالك ومن وافقه وما صار الى الكفار
دون غلبة فالقول فيه ما قال الشافعي وقد تقدم شي من المعنى الذي تبنى

ابن حبيب [illegible]

عليه هذه المسئلة وهو هل للكافر شبهة ملك في ذلك ام لا وذكرنا حديث
الناقة وخرج ابو داود عن ابن عمر قال ذهب فرس له فاخذها العدو وظهر
عليهم المسلمون فرد عليه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وابق عبد له فلحق بارض
الروم فظهر عليه المسلمون فرده عليه خالد بن الوليد بعد النبي صلى الله عليه وسلم وذكر
مالك هذا الحديث مختصرا وفيه وذلك قبل ان تصيبها المقاسم وخرج الدارقطني
عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل ان
يقسم فهو له وفي بعض رواته ضعف وكذلك حديث ابن عباس ان رجلا وجد
بعيرا له في المغنم وقد كان المشركون اصابوه قبل ذلك فسالا عنه النبي
صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان وجدته قبل ان يقسم فهو لك
وان وجدته قد قسم اخذته بالثمن ان شئت في سنده كلام والاكثر على
ضعفه وقول المولف فلو بيع مرارا ففي تعيين الثمن الاول او تخييره كالشفيع
قولان يعني اذا باعه من وقع في سهمه بثمن ثم باعه مشتريه واختلفت
مقادير اثمانه فهل يكون خيار ربه مقصورا على الثمن الاول او يتخير في اي
الاثمان شاء فيه قولان وتشبيهه بالشفيع يريد في الصورة والمعنى لان
الشفيع لا يمنعه من اخذ الشقص تعدد البيع بل ياخذه باي الاثمان شاء
فالمشهور من القولين انه لا ياخذ ما وقع في الغنيمة الا بالثمن الاول خاصة
والفرق بينه وبين الشفعة ظاهر لانه في مسئلة الغنيمة اذا امتنع من
اخذه بالثمن الاول فقد سلم صحة الملك لاخذه من الغنيمة واذا صح ملكه
سقط حكم هذا المنازع واذا سلم البيع الاول في مسئلة الشفعة صارا
شريكين وكل شريك باع حصته في الربع فللشريك عليه الشفعة
فلهذا كان له ان ياخذ بما بعد ذلك من الاثمان والله تعالى اعلم **وقوله**
واذا قسمت ام الولد الى قوله يعني تقول لرجلا ان القاسم جهل كونها ام ولد
وظن انها قن الا انه قسمها وهو يعلم انها ام ولد وجهل الحكم فان هذه
ياخذها ربها بغير ثمن ثم قال المولف ففيها يفديها ربها بالثمن جبرا الاحسن
عند علماء اللسان ان يقول اجبارا لان اكثر استعمال العرب في هذا الفعل

هذا الباب



هذا الباب رباعي ونسبة المولف هذا القول للمدونة على خلاف ما علم من
عادته انه لا ياتي بلفظ المدونة الا لاشكال فيه او لزيادة فايدة تستقري
منه وليس فيما ساقه من لفظ المدونة شيء من ذلك بل غير لفظها واجحف
في اختصارها ونص التهذيب ومن اشترى من المغنم ام ولد رجل او ابتاعها من
حربي فعلى سيدها ان يعطيه جميع الثمن الذي اشتراها به وان كان اكثر
من قيمتها ولا خيار له بخلاف العبيد والعروض وان كان عديما اتبع بذلك
عتقا دينا ولحدها انتهى والقايل بانه تفدي بالاقل هو المغيرة وعبد الملك واشهب
ولا اعلم من قال انها تفدى بالقيمة مطلقا كانت اكثر من الثمن او اقل الا ما يستقرى
من قول ابن شهاب في المدونة وفيه ضعف ومعنى ما في الموطا ان الامام تفدى اولا
فان لم يفعل فسيدها يفديها ولم يذكر هل يفديها بالثمن مطلقا او بالاقل
وروي عن مالك ان صاحبها يفديها ان كان موسرا وان كان معسرا اتبع به
دينا ان لم يعط ذلك من بيت المال قال وعلى الامام ان يفديها وهذا القول يرجع
عندي الى ما في الموطا اذا تامل وان كان بعض الشيوخ اشار الى انه خلافه
والاقرب عندي مذهب المغيرة ومن وافقه قياسا على الجناية ووجه ما في
الموطا ان الامام يفديها لادخاله ربها في فدايها فان قلت يلزم ذلك في
غير ام الولد لان الامام ادخل المالك في غرم بقسمة مال المسلم قلت غير ام الولد
لا يجبر مالكه على فدايه بل هو مخير في افتكاكه وفي تركه بخلاف ام الولد
فانه لا بد من افتكاكها وفيها تحقق ادخال سيدها في الغرامة **وقوله**
فلو ماتت او مات سيدها قبل ان يعلم لم يرجع عليه بشيء يعني فلو ماتت
الامة قبل ان يعلم انها ام ولد او مات سيدها قبل ذلك لم يرجع على السيد في
الصورة الاولى ولا على تركته في الصورة الثانية بشيء من ثمنها لفوات محل الحكم
في الصورة الاولى وفوات المحكوم عليه في الصورة الثانية وهذا الفرع لسحنون
ولم يجعل الغاية العلم بها كما ذكر المولف بل جعل الغاية الحكم فقال ان
ماتت قبل الحكم لسيدها بها فلا شيء عليه من الثمن وكذلك لو مات سيدها
قبل ان يحكم له بها فهي حرة ولا شيء عليها ولا على تركة سيدها وهذا

هو الصحيح وعليه يدل كتاب جنايات العبد من المدونة والله تعالى اعلم ولم يتعرض
المولف للحكم اذا اعتقه من صار له في المقاسم وتعرض له في المدونة وذكر قول ابن
شهاب في ذلك وفيه كلام يطول تركناه لان المولف اضرب عنه **وقوله**
فان قسم المعتق الى اجل يريد ان هذا المعتق اذا لم يعلم به وظن انه رق فقسم ثم جاء
سيده فانه مخير في اسلامه او فدايه فان فداه بما وقع به في المقاسم فلا اشكال انه
يرجع الى حالة الاولى وان اسلمه كان ذلك اسلاما لخدمته خاصة ولا يكون ولا
رقبته ثم يكون من اسلم له كالمشتري من خدمته ما اشتراه به في المقاسم
فان ساوى ما اخذ منه بجميع خدمته الى الاجل فلا اشكال وان بقي من الاجل
شي رجعت البقية الى سيده وان حل اجله وبقيت عليه من الثمن بقية خرج حرا
ولم يتبع بشي هذا نص عليه سحنون وتبعه على ذلك الاشياخ بعده والمولف
خالفهم في ذلك فذكر قولين احدهما هذا والثاني هو الذي قدمه انه ياخذ جميع
الخدمة ولو زادت على الثمن الذي وقع به في المقاسم وذكر ايضا قولا اخر ان هذا
المعتق يتبع بما بقي من ثمن رقبته ان خرج حرا وبقي عليه بقية وهذان القولان ذكرهما
الشيوخ في فرع اخر وهو فيما اذا اشترى هذا المعتق من العدو لا فيما اذا وقع في
المقاسم **وقوله** وكذلك المدبر يريد اذا وقع في المقاسم وقسم ولم يعلم انه مدبر
مسلم بعينه ثم جاء سيده فانه يخير كما تقدم فان اختار فداه رجع كما كان
اولا وكانه لم يسبه العدو ولا يتبعه سيده ولا ورثته بعده وان خرج حرا
وان اسلمه سيده لمن هو في يديه فانه يكون بيده ويخدمه او يواجره ويحبسه
له بما اخذه به في المقاسم فان ادى ذلك في حياة سيده رجع اليه وكان بعد ذلك
كمن افتكه وان مات سيده قبل ان يوفي وهو معنى قول المولف فان مات سيد
المدبر قبل الاستيفاء فلا يخلو اما ان يخرج من ثلثه او لا يخرج فان خرج من ثلثه
حكم الان بحريته جميعه واختلف هل يتبع بما بقي عليه مما وقع به في المقاسم على
قولين وهذان القولان في المدونة في كتاب المدبر منها فذهب ابن القسم الى اتباعه
وخالفه غيره فقال لا يتبع وان لم يخرج من ثلث الميت عتق منه محمل الثلث وهل يتبع
الجزء العتيق مما ينوبه القولان ايضا واما الجزء الذي لم يعتق فقال ابن القسم يسلم

رقا



رقا لمن هو في يديه ولا يخير الورثة في اسلامه وافتدايه كما يخيرون في ذلك
في الجناية اذا جنى المدبر واسلمه سيده للمجني عليه يخدمه بالجناية ثم مات
السيد ولم يخرج من ثلثه فانه يعتق منه محمل الثلث ويتبع الجزء العتيق
بما ينوبه من الجناية ويخير الورثة في الجزء الذي لم يعتق بين اسلامه للمجني
عليه رقا وبين افتدايه بما بقي عليه في الجناية فيكون لهم رقا ايضا وفرق
بعضهم لابن القسم في الجزء الذي لم يعتق بان مشتريه في المغانم انما اشترى رقبته
فالسيد لما اسلمه له فقد اسلم له ما اشترى وهو الرقبة فلا رجوع للورثة فيما قد
اسلمه الميت وفي الجناية انما اسلم له الخدمة فاذا صار الامر الى الرقبة فهي شي اخر
غير الذي اسلمه فيخير من صار ذلك له كما يخير مالك الجزء الرقيق في المعتق
بعضه وفي هذا الفرق نظر لانه مبني على ان السيد اسلم في مسلة المغانم رقبة
العبد بالحق اسلم ما كان قادرا على اسلامه وهو الخدمة فاذا اسلمها استوت
هذه المسلة ومسلة الجناية والله تعالى اعلم واما القولان في اتباع هذا المدبر اذا خرج
حرا بما بقي من الثمن او بما ينوب الجزء العتيق اذا خرج بعضه حرا فهما موجودان
فيمن اشترى من المغانم وفيمن اشترى من بلد الحرب وذكر ابن المواز عن ابن
الماجشون انه فرق بين المدبر الذي يقع في المقاسم فلا يتبع ان خرج حرا من ثلث
السيد ولا الجزء العتيق ان خرج بعضه فان كالحر يشترى من الغنيمة فانه
لا يتبع وبين من اشترى من بلد الحرب فانه يتبعه مشتريه بما بقي له بعد ان
يحاسبه بما اخدمه به وما استعمل منه لان الحر هكذا يتبع واستصوب
هذا القول محمد بن المواز وقريب منه ما ذكر ابن سحنون عنه الا انه قال لا يحاسب
بشي مما استخدمه ويتبعه بجميع الثمن قال ولم ياخذ به سحنون ونقيه كلام المولف
في هذا المدبر ظاهر النصور مما قلناه **وقوله** وان قسم المكاتب الى اخره ما حكاه
عن ابن القسم يريد اذا قسموه ولم يعلموا انه مكاتب فقال ابن القسم يكون
كالعبد الجاني فيقال له اد ما اشتراك به من انت بيده كما يقال له اد
الجناية فان ادى ذلك رجع لسيده مكاتبا وان عجز عن الاداء وذلك كان ذلك
عجزا عن الكتابة كما في الجناية ايضا خير سيده بين ان يسلمه عبدا

اولتفديه عبدا فأو من قول المولف اسلم اوفدى للتفصيل وهذا الذي حكاه المولف
عن ابن القسم هو الذي رجع اليه سحنون بعد ان كان يقول يخير السيد اولا بين
ان يسلمه او يفديه فان فداه بقي له مكاتبا وان اسلمه قيل للمكاتب اد ما صرت به
لمن انت في يديه وتمضي على كتابتك فان عجزت عن ذلك فانت مكاتب عليه دين
ملتبس به فانه يعجز **وقوله** وعن عبد الملك ان اسلمه السيد فعلى كتابته
يعني انه يخير سيده كما قال ابن القسم فان اختار افتكاكه كان لسيده مكاتبا
كما قاله ابن القسم ايضا وان اسلمه لم يلزم المكاتب غير الكتابة ولا يقال له اد ما
صرت به لمن انت في يديه كما قاله ابن القسم وسحنون وهو معنى قول المولف
ان اسلمه السيد فعلى كتابته وحكى ابن المواز هذا القول عن ملك وزاد وان عجز
رق لمشتريه ولم يكن لسيده فيه خيار ولا رجعة قال ابن المواز عن ملك واما ان
اشترى المكاتب من العدو ولم يفده سيده فانه يقال للمكاتب اد لمشتريك
الثمن الذي اشتراك به وتبقى على كتابتك تودها الى سيدك وتخرج حرا
وان لم تفعل رققت الساعة لمشتريك وهذا القول عندي اقرب ما قيل في المكاتب
والله تعالى اعلم وهذه الاقاويل اذا اتى سيده ولم يود العبد لمن هو في يديه من الكتابة
شيا واما ان اتى سيده وقد ودى بعضها واراد افتكاكه فاختلف الشيوخ في
ذلك فقال بعضهم يكون كبيع قد فات فان كان قد قبض نصف الكتابة او ثلثها
يريد بالقيمة لا بالعدد مضى لمن هو في يديه ما قبض واخذ سيد المكاتب ما بقي بنصف
الثمن او ثلثيه وقال بعضهم بل هو كبيع لم يفت فاذا اتى سيده افتكاكه دفع
لمن هو بيده جميع ثمنه واخذ منه ما كان قبض من المكاتب قال سحنون فيمن
اوصى بخدمته لرجل سنين ثم هو لفلان فاخذه العدو في الخدمة فابتاعه رجل
فانه يقال للذي له الخدمة افده بالثمن فاذا تمت خدمته قيل لمن له مرجع الرقبة
اد اليه ما فداه به والا فاسلمه اليه رقا وفي هذا الفصل الذي ذكره المولف
زيادات كثيرة من ارادها فليطالع نوادر ابن ابي زيد وجملة صالحة منها في جامع
ابن يونس والفقه الذي ينبني عليه جميع ذلك لا يحتمل الا من حفظ كتاب
جنايات العبيد **وقوله** ومن صارت اليه جارية او غيرها الى الفيء معنى

المسلة



المسلة ظاهر وانما لم يجز له الانتفاع بها لانها مملوكة لغيره وانتقالها عن ملك
ذلك موهوم ويجوز له الانتفاع بها والتصرف فيها على مذهب من لا يرى العلم
بربها مانعا من قسمها بشرط غيبته او بدون هذا الشرط قال ابن بشير بعد ان ذكر
من هذه المسلة طرفا وهو ما اذا كانت جارية قال وقد اختلف المتاخرون هل يلزم
ذلك فيمن اشترى شقصا له شفيع انه لا يحدث فيه حدثا الا بعد علم من له الشفعة
قياسا على مسلة الجارية او لا يلزم في ذا والفرق تاكد حرمة الفرج بخلاف التصرف
في الربع وهذا الكلام فيه قصور لان المسلة في المدونة مفروضة على شكل ما
ذكرها المولف عامة في الجارية والعبد والعرض ومسلة الشفعة ذكرها
الشيوخ الاندلسيون فانظرها في احكام ابن سهل وفي تنبيهات عياض ومن
الاحكام المذكورة اختصرها عياض **وقوله** واذا تصرف في الرقيق
بالعتق الناجز والاستيلاد مضى على المشهور يعني ان من وقع في سهمه من المغنم
عبد او امة او اشتراها من حربي لقوله او اغار عليهم فاعتق العبد عتقا ناجزا
واستولد الامة فاختلف في رد ذلك على قولين المشهور وهو قول ابن القسم في المدونة
انه فوت ولا حق للسيد في واحد منهما وذكر ابن المواز عن اشهب ان له نقض عتق
العبد وياخذه بالثمن وذكر ابن سحنون عن اشهب في الاستيلاد ان له ان ياخذ
الامة وقيمة ولدها قال وقاله ابن القسم ثم رجع عنه فراى اشهب ان السيد لما كان
له اخذ عين العبد والامة قبل عقد الحرية صار كالمستحق والعتق والاستيلاد
لا يمنعان المستحق من اخذ عين ماله وراى ابن القسم ان ذلك اضعف من الاستحقاق
لان المستحق ياخذ شيئه بغير عوض وهذا لا ياخذه وان وجده قائما الا بعوض
فاذا وقع على المشهور فاختلف الشيوخ فيمن اشترى عبدا من المقاسم على ان يرده
على صاحبه ثم بدا له فاعتقه هل يمضي عتقه كالاول قاله الشيخ ابو الحسن
القابسي وابو بكر بن عبد الرحمن او لا يمضي عتقه لانه قد رضي بان يرده على
صاحبه قاله الشيخ ابو القسم بن الكاتب **وقوله** فان اعتق الى اجل فاجراه
اللخمي عليهما يعني انه اذا اخذ عبدا في المقاسم او اشتراه من حربي والعبد في الوجهين
لمسلم ثم اعتقه الى اجل فقال الشيخ اللخمي يجري على قولي ابن القسم واشهب في المسلة التي

قبلها قال ابن بشير ويبعد ان يجري عليه لعدم نجاز العتق فقوي هاهنا الرد وقول
ابن بشير اظهر ببادي الراي وانظر لو دبر او كاتب في هذه المسلة وكلاهما
اضعف من العتق الى اجل لامكان رجوعهما الى الرق بخلافه وقال بعض الشيوخ
في المكاتب يختلف فيما اخذ منه فمن قال ان ذلك غلة لم يحاسبه بما اخذ ولم
يكن للمستحق ان ياخذه الا بعد دفع الثمن ومن قال انها غير للرقبة يكون
للمستحق ان يحاسب المشتري بقدر ما اخذ من الكتابة **وقوله** وان قسم
المسلم او الذمي الحر يعني ان المسلم والذمي اذا جهل القاسم كونهما حرين وسكتا
ولم يخبرا بحريتهما فقسما ثم ثبتت حريتهما اطلقا من يد من هما بيده واختلف هل
يتبعان بالثمن الذي وقعا به في المقاسم على ثلاثة اقوال احدها انهما لا يتبعان بشي
وهي مصيبة نزلت بالمشتري كان المبيع ممن يجهل او لا يجهل وهو قول مالك
وابن القاسم وسحنون والثاني انه يتبع مطلقا من غير تفصيل وهو قول اشهب
والثالث التفصيل فان كان صغيرا او كبيرا قليل الفطنة او اعجميا يظن ان ذلك
يرقه فلا يتبع وان كان على غير ذلك اتبع وهذا قول حكاه ابن المواز عن ابن
القاسم وحكاه سحنون ولم يسم قايله ثم اختلف الشيوخ في ابقاء هذه الاقاويل
على ظاهرها فذهب المولف وبعضهم الى ابقايها على ظاهرها كما ترى وقال
ابن رشد لا اختلاف انه اذا عذر بجهل لا شي عليه وانما اختلف اذا لم يعذر بجهل
وسكت واشار الى ان هذا الخلاف جار على الخلاف في الغرور بالقول وهو قريب
من قول اللخمي انه لا يختلف في ذلك اذا كان المبيع صغيرا ان لا رجوع عليه والجاري
عندي على مشهور المذهب انه غرور بالفعل وانه يلزم به الغرم لان سكوته مع علمه
واسلامه نفسه لمن يشتريه فعل وزيادة والغرور بالفعل موجب للغرم على المعروف
ومسايل الغرور في النكاح تشهد لما قلناه قال بعض الشيوخ وكل هذا اذا افترق
الجيش وكانوا لا يعرفون لكثرتهم فان لم يفترق الجيش او عرفوا بعد الافتراق
رجع عليهم المشتري او من كان صار في سهمه وقال ابن القاسم ينبغي للامام
اذا لم يفترقوا ان يغرم لمن وقع في سهمه من الخمس او من بيت المال وقال ابن
مسلمة على الامام ان يودي ذلك من الفيء او الخمس وقال سحنون لا شي عليه ولا





ولا يعطى من الخمس ولا من بيت المال وهي مصيبة نزلت به **وقوله** ومن
عاوض القوم يعني ان من دخل دار الحرب بامان فاشترى منهم مالا لمسلم او لذمي
فان مالكه يخير في اخذه بما اشتراه هذا من الثمن او يدعه له وسواء علم
مشتريه انه مال مسلم او لم يعلم اشتراه لنفسه او لربه ولا يبعد اجراء
الخلاف في بعض هذه الاقسام ولا اعلم في شي من ذلك خلافا منصوصا
ثم ان الثمن ان كان دنانير او دراهم اخذها حيث لقيه وحاصله
وان كان غير ذلك اخذ مثله في دار الحرب ان امكن دخولها على
الوجه الذي يجوز قال بعض الشيوخ كما لو تسلفه عرضا ولم يمكنه
دخولها اخذ قيمته في ذلك بلد الحرب فيدفعها له حيث لقيه كان او
ما طلبه ولهذا الفرع موضع لم يتكلم عليه فيه ان شاء الله تعالى **وقوله**
وفي اخذه بما فدي من اللصوص مجانا قولان يعني ان المذهب اختلف على
قولين فيما فدي من ايدي اللصوص هل ياخذه ربه بغير شي او لا ياخذه الا بما
فدي به بخلاف المسلة التي فوقها فان هذه لا ياخذ الا بما فدي
فقد اشار الى التي فوقها ومن فرق بينهما في الحكم فلان اللص لا ملك له اللص
ولا شبهة وللحربي له الملك او شبهته بالفادي منه كالمشتري من
المالك والذي كان يميل اليه بعض من يرضى من اشياخنا في مسلة اللصوص
انه لا ياخذه ربه الا بعد دفع ما فدي به لكثرة النهب في بلادنا فيعمد
بعض من له وجاهة عند الاعراب او ممن يقصدونه في اجابة الدعوة اليهم
فيفتك من ايديهم بعض ما ينهبونه باقل من قيمته فلو اخذه مالكه
من يد من فداه بغير شي كان ذلك سدا لهذا الباب مع شدة حاجة الناس
اليه وكثيرا ما يسال من هو منتصب لتخليص ما في ايدي المنتهبين هل يجوز
له الاجر على ذلك ام لا ولا شك انه ان دفع الفداء من عنده فلا يجوز له
الاجر لانه سلف واجارة وان كان الدافع غيره فيجوز ذلك لعدم المانع
**وقوله** فان كان بغير شي اخذه بغير شي يعني فان كان اخذه اياه
من بلد الحرب على وجه الهدية من غير مكافاة اخذه ربه بغير شي وهذا

منفق عليه في المذهب وهو مبني على ان اهل الحرب لا يملكون ما اخذوه من
مال المسلمين **وقوله** فلو باعه المعاوض مضى الى قوله يعني ان هذا الذي اخذ مال
المسلم من ايدي اهل الحرب بعوض اذا باع ذلك المال مضى بيعه ولم يكن لمالكه
اذا قام نقض البيع وانما ينظر الى الثمن فان كان في الثاني زيادة على الاول اخذ تلك
الزيادة والا فلا شيء له والحكم في هذا يشبه البحث في السلعة اذا بيعت على خيار
المشتري ثم باعها قبل ان يختار وعلى قوله وخرج اللخمي تمكينه على القيمة
اي خرج في المسألة قولا بتمكين المالك من نقض البيع على احد القولين في الذي
مال المسلم اذا اقتسم في الغنيمة ثم بيع ان لمالكه نقض البيع والجامع ان كل واحد
من المالكين لم ياخذ بغير شيء اذا وجده فاما قبل البيع فاذا كان له نقض البيع
في احدى الصورتين كان له ذلك في الصورة الثانية وفرقا بيسير نفوذ ملك المالك
في مسألة الغنيمة وضعفه في مسألة الشراء من اهل الحرب الا ترى انه ياخذ قبل القسمة
بغير عوض ولا ياخذه في المسألة الاخرى الا بعوض وقد يعترض بان الفرق انما هو
بعد وقوع المعاوضة في المسألتين معا وحال عدم العوض في مسألة القسمة يشبه
حال عدم العوض فيما اذا وهب للمسلم في دار الحرب والحكم فيهما متساو وعلى هذا
التقدير يصح تخريج ابي عمران وغيره وهو الذي ذكره المؤلف بقوله وخرج غيره
على الموهوب يباع الى قوله يريد ان المذهب اختلف على قولين في الذي يهب له
الحربي مال مسلم ثم يبيعه الموهوب له فقال ابن القاسم ليس لمالكه الا الثمن
الذي بيع به خاصة كما في المعاوض وهذا هو القول المشهور وقال ابن نافع له
نقض البيع ليس على انه ياخذه من غير ان يدفع شيئا بل لا ياخذه من يد مشتريه الا بعد
دفع الثمن للمشتري ويرجع على البائع فياخذ منه الثمن الذي كان قبضه من المشتري
وهذان القولان مذكوران في المدونة **وقوله** والمدبر ونحوه الى قوله الظاهر
ان مراده بنحو المدبر هو المعتق الى اجل وهو في كلامه بعد هذا نص وبقية
الكلام على هذا الفرع مذكور فيما تقدم **وقوله** فلو قدم بالاموال مستامنون
الى قوله يعني اذا قدم الحربيون باموال المسلمين فاراد غير مالكها شراها فاختلف
في كراهة ذلك واستحبابه على قولين احدهما وهو مذهب ابن القاسم في المدونة الكراهة

[margin: المعتق]

والثاني الاستحباب

والثاني الاستحباب وهو مذهب ابن المواز واشار اليه اسمعيل القاضي ولا شك ان
الاستحباب انما يتوجه على ان ربها ياخذها بالثمن فيكون شرا غيره لها سببا في
خلاصها له واما الكراهة فاشار بعضهم ايضا انها بنا على ظاهر قول ابن القسم
في الفرع الذي يلي هذا بان ربها لا يكون احق بها فشرا غيره لها تفويت عليه ومنهم
من راي الكراهة انما كانت لانها سبب في تقويتهم بثمن هذه السلع والزم هذا ان يقول
بالكراهة في شرا سلعهم ومنهم من قال ان شرا المسلمين لها اغرا للحربيين باخذ
اموال المسلمين وعلى هذا تكون الكراهة جارية في شرا مالكها لها كما تكون
في شرا غيره والاقرب ان ذلك جائز لاسيما اذا انضم الى ذلك رخص السلع كما هو الغالب
فيكون تخليص ذلك لاربابه اولى من بقائه بين الكفار **وقوله** وان اشتريت او وهبت
الى قوله يعني فان وقع شرا المسلم لها او وهبها هذا الحربي المستامن لمسلم فهل يسقط حق
ربها فيها او يخير فيها كما يخير فيها اذا اشتريت من بلاد الحرب وهو مراد المؤلف
بقوله لا كالا وفي ذلك قولان احدهما وهو مذهب ابن القسم في المدونة ان مشتريها يكون
كالمالك المحقق ويسقط خيار ربها والثاني وهو الذي يجري على قول ابن المواز في المسألة التي
فوقه ولما ذكر القاضي اسمعيل مذهب ابن القسم هذا قال لم يحك ابن القسم عن مالك ما
يشبه على مذهب مالك ان لا ياخذه بالثمن الذي اشتراه به وفي الهبة بغير ثمن ووقع لابن
القسم في المدونة لفظة تدل على ما قال القاضي قال ابن القسم من اشترى امة من العدو فلا
احب له ان يطاها في بلاد الحرب اشتراها او في بلاد المسلمين قال المؤلف بنا على
ان الامان يحقق الملك او لا يعني ان سبب هذا الخلاف هو ان الامان الذي اعطيه
هذا الحربي هل يكون محققا لملكه او لا يكون فابن القسم راه محققا لملكه مانعا
من التعرض له واقوى من امانهم الذي يعطونه للمسلم اذا دخل بلادهم والقاضي وابن المواز
يريان ذلك سوا فكما لا يكون تامينهم المسلم على الدخول الى بلادهم ونشر اموال
المسلمين من عندهم مانعا لمالكها من اخذها بالثمن فكذلك لا يكون تامين
المسلم لاهل الحرب مانعا **وقوله** اما لو اسلم لتحقق الملك اتفاقا يعني ان
الحربي اذا قدم باموال المسلمين ونزل عندنا بامان ثم اسلم فانه يترك له جميع
تلك الاموال ويتحقق ملكه لها وما قال الشافعي ترد على اربابها ولا يكون اسلامه

[margin: للحربيين]

الحربي بانفاله الكها من احرزها **وقوله** والمفوض في احرار المسلمين يزعهم
الى الحرب يعني ان هذا المستامن اذا قدم ومعه اسرى من المسلمين احرارا ثم اسلم هذا
المستامن من قبل ان يعقد وامنه فانهم ينزعون منه ولا يسترقهم خلافا لابن
شعبان فانه يقول يبقون بيده رقا وحكى مثله عن احمد بن خالد وهو شذوذ
لا وجه له لان من ثبتت حريته لا يعود في الرق اذا كان مسلما وهذا كالمعلوم
من الدين بالضرورة قبل ابن شعبان وابن خالد وقابل المولف المفوض بالمخرج وخففه بالمصرح
ان يقول عوض المفوض والمعروف كما هو عادته في مثل هذا وكذا فعل غيره
في هذا الموضع واذا فرعنا على انهم ينتزعون فظاهر كلام المولف وهو
ظاهر الروايات انه بغير عوض وقال ابو ابراهيم من الاندلسيين انه بعوض
**وقوله** بخلاف الرقيق وبخلاف الذمي اما الرقيق فلانهم مال من الاموال
كالسلع واما الذمي اذا اسلم وهو في يده فالقياس انه ينتزع منه ولا يسترق على
قول اشهب الذي يرى ان الذمي اذا حارب وغلب عليه فانه يرد الى ذمته
ولا يكون رقيقا لكنهم عدلوا عن القياس هنا استئلافا لاهل الحرب
على الاسلام مع قوة شبههم للارقا في غير مسئلة ويقوي هذا الاستحسان
على قول ابن القسم في الفرع المشار اليه وسياتي قوله مع قول اشهب في موضعه
ان شا الله تعالى **وقوله** وام الولد تفدى الى الحرب يعني ان سيدها ياخذها
من يد المستامن المسلم ويدفع اليه قيمتها ولا تكون على الامام ولا بالانفال
كما تقسم اذا قسمت والمدبر تكون خدمته لهذا الذي اسلم وهو في
يده ولا خيار لسيده في ذلك لان خدمته وخدمة المعتق الى اجل وهو
من ان ايضا نحو المدبر سلعة من السلع فان مات سيد المدبر وخرج من
ثلثه عتق ولا يتبع بشي وكذلك المعتق الى اجل فان كان على سيد المدبر
دين يغترق جميع ماله استرقه من هو في يده ولا قول للورثة لان موروثهم
لم يكن قادرا على انتزاعه وكذلك ان خرج بعضه من الثلث فما خرج
منه فحكمه حكم ما لو خرج كله لم يتبع بشي وما لم يخرج من الثلث حكمه
حكم ما لو لم يخرج منه شي فيكون ذلك الجزء رقيقا لمن هو في يده ولا خيار

للورثة

للورثة والضمير الفاعل في قوله يعتقون راجع الى جنس المدبر ونحوه لانها
جنس اراد او عطف الظرف وما اختص به وهو بعد الاجل على المجرور
الذي هو من الثلث وهو اولى للتفصيل يريد انهم يعتقون من الثلث ان كانوا
مدبرين او من راس المال ان كانوا معتقين الى اجل وسكت المولف عن
المكاتب وحكمه ظاهر من معنى حكم المدبر والمعتق الى اجل لان الكتابة
مال المستامن المسلم فان عجز رق له ولا شي لسيده ولا لورثته في الوجهين
فان قلت لفظه نحو من قوله والمدبر ونحوه يدخل تحتها المكاتب وغيره
مما يشبهه ان كان قلت ان عنيت انها تتناولها معنى فهو ما ذكرناه
وان عنيت انها تتناولها لفظا تناول العام للخاص فليس كذلك لما ذكرناه من
قول المولف من الثلث او بعد الاجل **وقوله** وان قدموا بمسلمين احرار الى
الحرب يعني ان اهل الحرب اذا قدموا الينا ودخلوا بامان ومعهم مسلمون احرار او عبيد
ذكور او اناث فان ارادوا بيعهم فلا اشكال انهم يشترون منهم بما امكن
وان امتنعوا من بيعهم هنا ففيها ثلثة اقوال الاول انهم يجبرون على بيعهم
ذكورا كان من بايديهم او اناثا والثاني انهم لا يجبرون على ذلك والثالث
انهم يجبرون على بيع الاناث ولا يجبرون على بيع الذكور والاول مذهب
اصحاب مالك الا ابن القسم والثاني مذهب ابن القسم والثالث رواه سحنون عنه
وصوبه ابن القصار والاقرب هو القول الاول لانا وان اعطيناهم الامان في
اموالنا فما اعطيناهم ذلك الا مع اقامة شرعنا عليهم ومن اقامته تخليص
المسلمين من ايديهم ولا كبير مضرة عليهم اذا اخذوا قيمتهم ومن فروع
القول الثاني قال ابن القسم لا يمنعون من وطي الاناث بايديهم واذا قلنا بالقول
الاول او الثالث فقال سحنون يكون الفدا من اموالهم فان لم يكن فمن
بيت المال واحرى هذه الاقوال اذا اسلم عبيده تحت يده وكذلك
اذا عوهدوا على ان من جاءهم مسلما رد اليهم والحق في هذا القول
الثالث كما دلت عليه اية الممتحنة **وقوله** ولو سرقوا في معاهدتهم
بالحرب معناه ان المعاهد اذا سرق شيا من اموال المسلمين او اهل الذمة

وذهب به الى بلاده ثم قدم هو او غيره به فهل تنزع ممن هو بيده قدم به سارقه
او غيره لانه لما رجع به الى بلده صار كمال مسلم اخذوه وما هذا شانه
فانهم لا يجبرون على بيعه اذا قدموا به كما تقدم او ينتزع من ايديهم لانه انما
اخذ على وجه القهر وانما اخذ سرقة فليس لهم فيه ملك ولا شبهة ملك
وهذا هو الذي راعاه في القول الثالث لان سارقه اذا قدم به تحقق فيه
عدم الملك والشبهة واذا قدم به غيره قويت فيه شبهة الملك **وقوله**
والسبي يهدم النكاح الى اخره هذه المسئلة من اولها الى قوله فيستحقه بالثمن
كررها المولف في كتاب النكاح وهناك الموضع فلنقتصر هنا على ان
نصور كلام المولف ونوخر ما عداه الى محله فنقول معنى كلام المولف ان
الكافرين الزوجين اذا سبيا مجتمعين او سبي احدهما قبل الاخر فان
النكاح مفسوخ الا في مسئلة واحدة وهي اذا سبيت الزوجة بعد
ان اسلم زوجها وقد كان حربيا قبل ذلك او مستامنا فاذا وقع ذلك
فحينيذ ينظر في هذه الزوجة المسبية فان اسلمت بقيت مع زوجها على نكاحها
لانها امة مسلمة تحت مسلم وان لم تسلم فرق بينها وبينه لانها امة كتابية
والمسلم لا يتزوج اماء اهل الكتاب فان قلت في قول المولف لانها امة
كتابية قصور لانه يوهم انها لو لم تكن كتابية وكانت مجوسية
لم يفرق بينهما وليس الحكم كذلك قلت لا قصور فيه لان الكافرة غير
الكتابية لا يجوز للمسلم وطيها بحال فاذا كانت الكتابية ممنوعة
الوطء في هذه المسئلة فغيرها من الكوافر احرى بالمنع وتعليل فسخ نكاح
هذه الزوجة بما ذكره المولف اولى من تعليل ابن المواز في بعض كتبه
قال ابن المواز واذا قدم الناجري بامان ثم اسلم ثم غزا معنا بلاده فغنم
ماله واهله وولده فاما ماله ورقيقه ودوابه وخدمه فهو له واما
امراته وولده الكبير ففي لاهل الجيش وينفسخ النكاح لشركته
في ملك زوجته واما اولاده الصغار فاحرار مسلمون فاما كلامه في
ماله وولده فسنتكلم عليه قريبا ان شا الله تعالى واما جعله سبب الفسخ

للنكاح

الامة



الزوج في

للنكاح شركة الزوج في ملك زوجته فهو مبني على قول اشهب في
اصل المسئلة انه يجوز ان تبقى له زوجته وان لم تسلم ويرى ان طرو الملك عليها
بعد تقدم النكاح وهي حرة او شبهة بالحرة لا يوجب فسخ النكاح
كما اذا تزوج الحر امة مسلمة عند خشية العنت وعند عدم الطول ثم
طرا عليه الغنا بعد ذلك وهو ايضا مبني على ان هذه الشركة معتبرة في
ساير الاحكام وان حاضر الغنيمة اذا سرق منها لا يقطع الا فيما يقطع
فيه الشريك وابن القسم يخالفه في الوجهين معا وقول المولف وفي ولده
وماله الى اخره اما كونهما فيا فقد تقدم الان ولاجل ذلك انفسخ النكاح
واما ولده يعني من هذا الرجل فالكبار على ما حكاه المولف فيء ولم يذكر
فيه خلافا وحكى في الصغار قولين احدهما انهم فيء وهو قول ابن القسم في
المدونة والثاني وهو قول غيره في كتاب النكاح الثالث من المدونة وحكى بعضهم
فيها قولا ثالثا ولم يسم قايله الفرق بين ان يخرج الاب فيحكم به لدار وبين
ان لا يخرج فيكون تبعا لموطنه اخذه من اختلاف شارح المدونة في
فهمها وذلك ان نص مسئلة المدونة قال في رجل من المشركين اسلم ثم غزا
المسلمون بلاده فغنموا اهله وماله وولده فان ذلك فيء قال ابو اسحق معناه
خرج وقال اللخمي سوا خرج او لم يخرج وعلى الاول اختصره البرادعي وقد
تقدم كلام يشبه هذا انه ينبغي ان يعد خلافا في المسئلة والقياس
على اصل المذهب قول غيره في كتاب النكاح لانهم محكوم لهم بالاسلام
بسبب اسلام ابيهم وهم صغار فهم لاجل ذلك احرار واشار بعض
الشيوخ الى ان الخلاف في اولاده مقصور على ما تزايد منهم قبل اسلامه واما ما
حدث من وطء بعد اسلامه فلا يسترق قولا واحدا واما ماله فذكروا فيه
ثلثة اقوال احدها انه فيء وهو مذهب المدونة والثاني انه له يأخذه قبل
القسم بغير ثمن وبعده بالثمن وهو معنى قول المولف الا ان قسم فيستحقه بالثمن
فقوله وكذا الامن تمام قوله وقيل وهذا هو قول غير ابن القسم في كتاب النكاح
من المدونة والثالث ذكره ابن حارث ان كانوا ضموه الى اموالهم من اجل

اسلامه كان فيا وان تركوه وقفا عليه فهو له وان دخل في المقاسم اخذه بالثمن واجرى بعضهم
فيها قولا رابعا وهو القول الثالث الذي ذكرناه في الاولاد والقياس عندي في المال ما قاله
غير ابن القسم في كتاب النكاح لما قدمناه في الاولاد **وقوله** واذا سبيت المسلمة الى الحرب
يعني اذا اسروا العدو حرة مسلمة فولدت عندهم اولادا ففي اولادها ثلثة اقوال احدها
انهم احرار سواء كانوا كبارا او صغارا والثاني انهم فيء كانوا صغارا او كبارا والثالث
الفرق بين الصغار والكبار فالصغار احرار والكبار فيء وهذا هو مذهب المدونة
قال المولف وهو المشهور لكن شرط في المدونة في كون ولدها الكبار او ولد الذمية
الكبار فيا ان يقاتلوا اكثر الشيوخ من حمل هذا الكلام على ظاهره وان الكبار ان
لم يقاتلوا انهم كالصغار ومنهم من راى ان هذا الشرط لا مفهوم له وان المقصد ان
يكونوا على حال يمكن منهم القتال بعينه والقياس ان ولد الحرة حر والحر لا يسترق
ابدا ويقوي هذا بان جماعة من اصحاب مالك يرون ان الولد تبع لمن اسلم من ابويه سواء
كانت الام او الاب فيكون هذا الولد حرا مسلما فلا يسترق **وقوله** واما
الذمية ففي صغار اولادها قولان بخلاف كبارهم يعني ان الذمية اذا سبيت فتزايد
لها ولد ثم غنمها المسلمون مع ولدها فالكبير منهم فيء وفي صغيرهم قولان مذهب المدونة
انهم تبع لها والقول الثاني في ثمانية ابي زيد انهم فيء وهو مذهب اشهب وابن الماجشون
ولم يذكر المولف في الكبار خلافا بل ظاهر قوله بخلاف كبارهم نفي الخلاف عنهم
وحكى بعض الشيوخ في الكبار قولا بانهم تبع لها وفقه هذه المسئلة قريب من فقه
التي فوقها والله تعالى اعلم **وقوله** واما الامة الى الحرب يعني ان الامة اذا سبيت فولدت
ممن سباها او من غيره زوجا كان او غيره ففيه ثلثة اقوال المشهور وهو مذهب المدونة انهم
ان ولدها في جميع هذه الاحوال لمالكها والقول الثاني ذكره فضل عن ابن الماجشون
كلهم فيء والثالث لاشهب ان ما ولدته من زوج فلمالكها وما ولدته من غيره
فهو فيء والظاهر في النظر هو المشهور لان الولد تابع لامه في الرق والامة لربها سوى
ما لا امر والله تعالى اعلم ووقع في بعض النسخ هنا ما نصه ومن اسلم وخرج او اقام وغنم
المسلمون اهله وماله فالزوجة فيء وكذلك ولده وماله على المشهور وفي ولده ثالثها
الصغير حر والكبير فيء وفي ماله ثالثها ان احرزه ففيء والا فهو له وهذه هي المسئلة
المذكورة



المذكورة او اخر هذا الفصل عند قوله والسبي يهدم النكاح لكنها في هذا
المسائل الاخير اسوق بما فيها من الاقوال ولا يخفى عليك تصورها مما قدمته وقوله
وعبد الحربي يسلم ولم يفر الينا حر يعني ان عبد الحربي اذا اسلم ببلده ثم فر الينا فانه
حر ولا خلاف في ذلك في المذهب لان النبي صلى الله عليه وسلم اعتق عبيدا لاهل الطائف
خرجوا مسلمين ففهموا ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بحريتهم لانه انشا العتق
فيهم قال المولف ولذلك لو بقي حتى غنم على المشهور يعني ان العبد منهم اذا اسلم وبقي
بيد سيده حتى دخل المسلمون بلاده وغنموه فانه يكون حرا كما لو خرج اليهم
هذا هو المشهور والشاذ وهو قول ابن حبيب انه يكون رقيقا للجيش قال بعض
الشيوخ وهو اجري على مذهب ابن القسم يعني ان مذهب ابن القسم ان العبد لا يكون
بنفس اسلامه حرا كما يقوله الان وانما حكم بحريته في المسئلة الاولى لانه غنم
فيها نفسه وذلك معدوم هنا قال المولف ولا يكون بمجرد الاسلام حرا خلافا
لاشهب وسحنون ان قلت لا محل لهذا الفرع لان عبد الحربيين اذا اسلم
فاما ان يخرج الينا وهي المسئلة الاولى او ندخل نحن اليه وهي المسئلة الثانية واما
اذا اسلم ولم ندخل اليهم ولم يخرجوا الينا فلا فائدة في النظر في ذلك لان احكامنا
لا تصل اليه قلت بل له محل وهو اذا اسلم فاعتقه سيده على ان عليه ولاه
على وجه اولا ولاء له عليه وايضا اذا اسلم فاشتراه منه مسلم او غيره فهل يصادف
هذا الشراء محلا اولا يصادف والاظهر من القولين قول ابن القسم لان ولاء بلال كان
لابي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه قال عمر رضي الله عنه ابو بكر سيدنا واعتق
سيدنا وذلك ان بلالا كان عبدا لامية بن خلف فاسلم بلال فكان امية
يعذبه فمر به ابو بكر رضي الله تعالى عنه وهو على تلك الحال فاشتراه منه بعبد
واعتقه وكان ولاؤه له فلو كان حرا بنفس الاسلام لكان شراء ابي بكر له
مفاداة ولم يكن له ولاء وقول من قال ان ذلك وقع قبل الهجرة وقبل ظهور احكام
النبي صلى الله عليه وسلم بعيد ولم يزل العلماء يستدلون في الاحكام الشرعية بما كان
يقع من احوال النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه قبل الهجرة ولولا الخروج عما نحن بسبيله
لذكرنا من ذلك نظائر **وقوله** ولو خرج مسلما وترك بسيده مسلما فهو رق له هذا

هل

قد يظهر اذا كان اسلامه واسلام سيده في وقت واحد او سبق اسلام سيده
واما ان اسلم هو او لا ثم اسلم سيده بعد ذلك ثم خرج هو الينا فالجاري على اصل اشهب
وسحنون انه لا يكون له رقا بل يكون حرا باسلامه اولا **وقوله** واذا
خرج الذمي ناقضا للعهد فيء يعني اذا خرج الذمي مريدا للسكنى ببلاد الحرب
تاركا لما كان عليه من العهد والذمة فانه لا يترك وما اراد بل يقاتل كما
يقاتل الحربي فان قتل فهدر وهذا اصح ولا اعلم فيه خلافا لان قتال الكافر
جايز او بودي الجزية وقد امتنع هذا من كل واحد من الوجهين **وقوله**
فان اسر فالاظهر يعني فان اخذناه اسيرا قبل ان يصل الى بلاد الكفر
او بعدما وصل اليها ثم غلبنا عليهم واخذناه اسيرا فانه يجوز ان يفعل به
كلما كان يفعل بالكافر الحربي الذي لم يتقدم له ذمة حاشى الاسترقاق
فان فيه قولين اجازه ابن القسم ومنعه ابن وهب قال المولف بناء على ان الذمة
تقتضي الحرية بدوام العهد او ابدا يعني ان هذين القولين يجريان على ان الذمة
المطلقة هل معناها الدوام بدوام العهد فاذا نقضه الذمي عاد على ما كان
عليه اولا واسترقاقه في الاول جايز وهذا راي ابن القسم او معناها الدوام لان
الحرية ومن ثبتت له الحرية لم يرجع الى الرق ابدا وهذا راي اشهب وقد شرح
مذهب ابن القسم بان الذمي اذا اكره المسلمة على الزنا انه يقتل ولولا ان الذمة
مشروطة بما ذكر لما قتل فاذا فرعنا على المشهور فالخلاف في الزمنا والشيوخ
في الغنيمة لا يستباحون وقال ابن الماجشون واصبغ وابن حبيب يستباحون
قال بعضهم والخلاف انما هو اذا احتمل رضاهم بذلك **وقوله** فان نقضوا الظلم
لحقهم لم يسترقوا على المشهور لعلم ان الطلاق لفظ النقض على خروجهم بسبب
الظلم مجاز لان حقيقة نقض العهد منهم انما هي اذا كرهوا اما اعطوه
او لا من العهد ولم يرضوا بدوامه والغرض انهم لم يكرهوه بل المسلمون
هم الذين لم يوفوا لهم بما عاهدوهم عليه فاذا لم ينسب للمسلمين في هذه
الحال نقض العهد فهم اولى بذلك ولكنهم لما خرجوا الى بلاد الحرب في صورة
من نقض ذلك اطلق عليهم هذا اللفظ مجازا من مجاز المقابلة والله تعالى اعلم وعلى
هذا



هذا فالصحيح ما ذهب اليه المشهور وهو مذهب المدونة واما الشاذ
وهو قول الداودي فقبله وجهه انهم ناقضون لانهم لم يعاهدوا على
انهم يظلمون للمسلمين اذا ظلموهم وهو ضعيف لان من فر ممن ظلمه لا يكون
ظالما لا حقيقة ولا مجازا **وقوله** ولا يسترقون بالحرابة على المشهور
يعني انهم اذا خرجوا فقطعوا الطرق للمسلمين مخيفين لها كما يفعله اللصوص المحاربون
من المسلمين فهل يكون ذلك من اهل الذمة نقضا للعهد او لا مذهب ابن القسم
وهو المشهور ان ذلك لا يكون نقضا وقال ابن مسلمة هو نقض للعهد ورجحه
بعض الشيوخ بمسئلة اكراه المسلمة على الزنا **وقوله** واذا اسلمت جماعة
الى قوله يعني اذا اسلم جماعة او اهل حصن ثم ارتدوا وحاربوا مثل قضية
اهل الردة في زمن الصديق رضي الله تعالى عنه ثم ظهرنا بهم فهل نحكم فيهم بحكم
الواحد اذا ارتد على ما يذكر في كتاب المرتدين او نحكم فيهم بحكم
اهل الحرب الذين لم يتقدم لهم اسلام في ذلك قولان الاول منهما مذهب
ابن القسم واكثر اصحاب مالك والثاني مذهب اصبغ **وقوله** وخالف
عمر ابا بكر اشارة الى سبب الخلاف وذلك ان ابا بكر رضي الله تعالى عنه
سباهم وحكم فيهم بحكم الكافر الاصلي الذي لم يتقدم منه اسلام
وهذا هو مذهب اصبغ فلما ولي عمر رضي الله تعالى عنه رد النساء والذراري
الى عشايرهم وذكر ان ذلك فعله بعوض والاقرب قول اصبغ فان قلت
قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه يدل على خلافه قلت هو عام
قابل للتخصيص فخصصه باجماع الصحابة في زمن ابي بكر فان قلت
لا نسلم وجود الاجماع لمخالفة عمر قلت لم نظهر من عمر رضي الله تعالى عنه
في زمان ابي بكر سواه وزيره ومستشاره على انا لا نسلم انه خالفه بعد
موته وانما فعل ذلك تطييبا لنفوس المسلمين لان الواحد منهم يرى
ابنته وزوجته مملوكة عند غيره مع مساواته له في النسب
والشرف وفي ذلك من المشقة وتغيير النفوس ما قد علم وقد قدمنا
ما قيل انه عاوض عن ذلك ولا بد من التاويل له رضي الله تعالى عنه بما قلناه

٤٠

شرح [illegible] للرسالة

على نسخة الخطيب

او بما يشبهه والا كان نقضا لحكم ابي بكر رضي الله تعالى عنه
وهو باطل لان من مجمع عليه انه لا يجوز نقض الحكم
والله تعالى اعلم وقوله في النكاح هذه اللفظة
مستعملة عرفا في العقد على المراة وقيل ما استعمل به العرف
مرادا به الوطى

متصل بالصحيفة التي بعد هذه المكتوب
فيها قوله النكاح

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

**وقوله النكاح** هذه اللفظة مستعملة عرفا في العقد على المرأة
وقل ما تستعمل في العرف مرادا بها الوطء وتستعمل في الشرع واللغة في
الوجهين واختلفوا هل هي حقيقة في كل واحد منهما او حقيقة في احدهما
مجاز في الآخر وما هو محل الحقيقة منهما والاقرب انها حقيقة لغة في
الوطء مجاز في الشرع على العكس بدليل كثرة مرادها فيما قلناه وقد تقدم
في كتاب الايمان طرف من هذا فان قلت لاي شيء ترك المؤلف تعريف
ماهيته قلت استغنى عنه ببيان اركانه اذ لا معنى للحد الا الاتيان بجميع
الاجزاء **وقوله** الصيغة لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة يعني الصيغة
التي هي احد اركان النكاح وجعل قوله لفظ كالجنس للحد وقوله يدل
على التأبيد فصلا ولما كان لفظ التأبيد ظاهرا في الاستمرار الى غير غاية
ويحتمل الطول الكثير وان كانت له غاية اتى بقوله مدة الحياة تفسيرا
لمراده زيادة في البيان فان قلت عدل المؤلف عن الجنس القريب وهو كلام
الى الجنس البعيد وهو لفظ وذلك منتقد في الحدود كما لو عوض عن لفظ
الحيوان في حد الانسان لفظ الجسم او الجوهر قلت انما فعل ذلك لان
الكلام قد يطلق على غير اللساني من الاشارة والكتابة او غير ذلك
مما لا ينعقد به النكاح او ينعقد ولكن مع نزاع فيه بخلاف
قوله لفظ فانه لا يحتمل الا اللساني ولقائل ان يقول ان الكلام وان احتمل
في غير هذا الموضع ما ذكرت فلا نسلم انه يحتمل هنا لانه تفسير
لقوله الصيغة والكلام اذا كان بمعنى الاشارة او الكتابة لا يصح ان يكون
تفسيرا للصيغة والله تعالى اعلم ثم قوله لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة
يوجب كون الحد غير مانع لدخول كثير من الالفاظ الدالة على التأبيد
تحته ولا يصلح شيء منها في هذا الموضع سلمناه لكن مراد اهل المذهب
ان تكون الصيغة غير دالة على مدة الحياة معينة وان تكون قابلة
للتأبيد وذلك اعم من كونها دالة على التأبيد نص على ذلك القاضي عبد الوهاب

وعلم

وغيره وهو الذي يفهم من المثل التي ذكرها المؤلف في قوله كانكحت وزوجت
الى آخرها ولم يذكر المؤلف في لفظة نحلت ووهبت خلافا بل ظاهر كلامه
استواء هذه الصيغ والمتفق عليه منها فيما علمته من المذهب هو الصيغتان
الاوليان مما ذكر المؤلف وقال المغيرة لا ينعقد النكاح الا بهما وقال
القاضيان ابن القصار وعبد الوهاب ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع
والاباحة والتحليل ولا ينعقد بلفظ الاجارة والعارية والرهن
والوصية لاقتضاء الاولين التوقيت والثالث التوثق دون التمليك وعدم
لزوم الرابع وهذا المنحى هو الذي سلك المؤلف **وقوله** ولذلك ذهب
الى تسميته صداقا انما احتيج في هذه الصيغة وحدها الى تسمية الصداق
دون غيرها من الصيغ التي ذكر لانها ظاهرة في نفي العوض ويلحق بها لفظ
الصدقة وهي احرى من الهبة لان هبة الثواب احد نوعي الهبة
والصدقة لا عوض فيها البتة فان قلت لفظ الاباحة والتحليل والتمليك
لا تستلزم العوضية فينبغي ان تلحق بالهبة والصدقة لاشتراك الجميع في
عدم شرط العوض بخلاف البيع قلت هي وان اشتركت فيما ذكرته
الا ان الاباحة والتحليل والتمليك كما لا تدل على شرط العوض لا تدل على نفيه
بخلاف الهبة والصدقة فانهما تدل على نفي العوض ظاهرا فاحتيج فيهما الى
التعرض الى التسمية والله تعالى اعلم هذا هو المحتاج اليه هنا وبقية الكلام
في هذا الفصل يأتي الكلام عليه ان شاء الله تعالى حيث تكلم عليه المؤلف في
نكاح التفويض **وقوله** ومن الزوج ما يدل على القبول يعني ان الصيغ
المتقدمة هي المشترطة من الولي وفيها يتسع الكلام واما جانب
الزوج فيكفي فيه كل لفظ يدل على القبول دون صيغة معينة ولذلك
الاشارة وكل ما يدل على القبول ولو ابتدأ الزوج فقال للولي قد ملكت
فلانة او زوجتها بكذا فقال الولي قد فعلت او قبلت او شبه ذلك
لكان مثل الاول اذ لا فرق بين ان يبتدئ الولي او الزوج وقد نبه
المؤلف على ذلك بقوله فلو قال زوجني فقال قد فعلت لزم على ان صيغة

الايجاب لم تحصل من الجانبين في مسئلة المولف لان قوله زوجني طلب
للتزويج لكنه لما قال الولي قد فعلت ورضي الاخر بذلك لزم النكاح
لان قول الولي قد فعلت قايم مقام قوله قد زوجتكه ورضى الزوج نايب
مناب قوله قبلت والله تعالى اعلم فان قلت قد الزمه المولف النكاح
بهذا اللفظ وظاهره انه لم يشترط رضى الزوج بعد قول الولي فعلت
فمن اين يحمل على المولف رحمه الله تعالى انه شرط رضى الزوج قلت لانه قال
في مقابل هذا الكلام فلو قال لا ارضى لم ينفعه بخلاف البيع فانه
يحلف فان قلت بل هذا دليل على عدم شرط الرضى الذي ذكرته
الا ترى ان النكاح يلزم في هذا الوجه وهو عدم الرضى فلو كان
الرضا شرطا ما لزمه النكاح هنا لتخلف شرطه قلت لزوم النكاح
مع قول الخاطب لا ارضى انما كان لدعواه انه هزل بهذا الكلام
ولو لم يدع ذلك لما لزمه وهو ظاهر المدونة ويتبين لك ذلك بجلب
المسئلة من التهذيب ونصه واذا قال الخاطب للاب في البكر او لولي
مفوض اليه زوجني فقال قد فعلت ثم قال الخاطب لا ارضى لم ينفعه
ولزمه النكاح بخلاف البيع قال ابن المسيب ثلث ليس فيهن لعب
هزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق فانت تراه كيف احتج
على لزوم النكاح عند عدم الرضى بقول ابن المسيب بالهزل ولا يتم
احتجاجه الا بفهم المسئلة على الوجه الذي تقدم والانصاف فهم مسئلة
المدونة على هذا الوجه واما كلام المولف فظاهره لزوم النكاح
في حالتي الرضى وعدمه فيعترض عليه بمخالفة المدونة مع قصد
الموافقة والتنبيه عليها اذا اريد مخالفتها هنا انما يخص النكاح
واما ما يتعلق بالنكاح لبيع فيمكن انما استشكل في موضعه
**وقوله** والخطبة مستحبة وما قل افضل انما كان ذلك
لعمل كثير من السلف ويمكن ان يستدل على ذلك بعموم قوله
صلى الله عليه وسلم كل امر ذي بال لا يبتدا فيه بالحمد لله فهو اجذم

وفي الصحيح



وفي الصحيح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما زوج المراة التي عرضت
نفسها قال قد زوجتكها بما معك من القران ولم يذكر خطبة
وذلك يدل على عدم تاكدها وانما كان تقليلها افضل لان كثرتها
واطالتها من التشدق المنهي عنه ولا سيما ان صحب ذلك الفخر ومدح المتزوجين
وابائهما بما ليس فيهما **وقوله** الولي هذا هو الركن الثاني من اركان
عقد النكاح واختلف الناس في ذلك بعد اتفاقهم على ان وجود الولي في
عقد النكاح اكمل والصحيح اعتباره ركنا لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تزوج المراة المراة ولا تزوج المراة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها
خرجه الدارقطني من حديث ابي هريرة وصححه وذكر ابو داود من
حديث ابي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وقد تنازع
الفريقان الاستدلال بقوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن والصحيح
الادلة فيها لكل واحد من المذهبين فالعمدة الحديث المتقدم وفي
الصحيح عن الحسن فلا تعضلوهن قال حدثني معقل بن يسار انها نزلت
فيه قال زوجت اختا لي من رجل فطلقها حتى انقضت عدتها جاء يخطبها
فقلت له زوجتك وفرشتك واكرمتك فطلقتها ثم جيت
تخطبها لا والله لا تعود اليك ابدا وكان رجلا لا باس به وكانت
المراة تريد ان ترجع اليه فانزل الله عز وجل هذه الاية فلا تعضلوهن
فقلت الان افعل يا رسول الله قال فزوجها اياه وقال البزار في هذا
الحديث فامرني ان اكفر يميني وازوجها **وقوله** المالك لما تقدم
ان الولي احد الاركان اخذ يبين من له الولاية ومن يقدم عند الاجتماع
ولما كان مقصد المولف الاختصار استغنى بذكر الثاني لاستلزامه
الاول من غير عكس لان ذكر مراتب الاولياء يستلزم ذكر من له عكس
الولاية بخلاف العكس ولا خلاف بين من شرط الولاية في تقديم
المالك **وقوله** ثم الابن وان سفل ثم الاب وروي الاب ثم الابن
يعني ان الحرة وليها اولا الابن وابنه وان سفل ولا ينتقل الى الاب مع وجود

ابنها او ابن ابنها وان سفل وان لم يكن لها ابن على هذه الصفة فابوها ولا يزاد
وان علا على ما يتبين هذه هي الرواية الاولى وروي ان الاب بالصفة المذكورة
اولى من الابن فان قلت هل اسقاط المولف وان سفل في هذه الرواية هنا من
باب الاختصار فيكون هاهنا مقدرا ما ذكره اولا فيكون التقدير
وروي الاب ثم الابن وان سفل قلت ليس المعنى على ذلك ولا يحتاج الى تقدير
لان الاب على هذه الرواية اذا كان اولى من الابن الصلب الذي به يتقرب ابن الابن
فاولى ان يكون اولى من ابن الابن واختار بعض اشياخ انه ايضا في مذهب الشافعي
ان الولاية للاب في هذا الباب الا ان يكون من عشيرة امه وهو القياس
وروي من حديث ام سلمة قالت بعث الي رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبني فقلت
مرحبا برسول الله صلى الله عليه وسلم او مرحبا بالله ورسوله اقرا رسول الله صلى
الله عليه وسلم السلام واخبره اني امراة غيرا وانا مصبية وليس احد من
اوليائي شاهدا فانه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اما قولك اني غيرا فاني
سادعو الله ان يذهب بالغيرة واما قولك اني مصبية فان الله سيكفيك
واما اولياؤك فليس احد منهم شاهد ولا غايب الا سيرضاني فقالت لابنها
قم يا عمر زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فتزوجها ولجهالة بعض رواة هذا
الحديث تركنا الكلام عليه **وقوله** ثم الاخ ثم ابنه ثم الجد ويقع في
بعض النسخ بازاء هذا وقال المغيرة والجد اولى من الاخ وابنه القول الاول هو
مذهب المدونة وهو الجاري على المشهور في الفرع الذي قوته لان الاخ يتقرب
ببنوة الاب والجد يتقرب بابوته وقد تقدم ان البنوة اولى وقول المغيرة يجري
على الرواية الاخرى في الفرع المذكور والله اعلم وروي عن مالك ان الاخ يزوج مع
وجود الاب فان قلت قد نقص المولف نقل هذه الرواية ونقل قول المغيرة الذي
تقدم ذكره ولا يجاب عنه بانه ثبت في مستوابه بعض النسخ لان مسا ونقله
في هذه النسخة مخالف لعادة المولف الا ترى الى قوله وقال المغيرة والجد اولى من الاخ
وابنه لان قوله وابنه حشو اذ المعلوم قطعا انه اذا كان الجد اولى من الاخ كان
اولى من ابن الاخ كما قررته في قوله وروي الاب ثم الابن ولم يقل وان سفل قلت يحتمل

ان استغنى



انه استغنى عن قول المغيرة بالروايتين المتقدمتين وفي تقديم الابن على الاب او تقديم
الاب عليه لان نسبة الاخ الى الجد كنسبة الابن الى الاب كما قلنا لان الاخ
يتقرب ببنوة الاب والجد بابوته واما تركه الرواية التي نقلت عن مالك في ان
الاخ يزوج مع وجود الاب فلعله فهم انها مقيدة في ابن فوض اليه الاب النظر في
اموره فان كان قصد هذا فانه لم يسقط هذه الرواية بل ذكرها بعد
هذا عن المدونة **وقوله** ثم العم ثم ابنه على ترتيبهم في الارث يعني ان
الجد اذا عدم على القول بتقديم ابن الاخ عليه فان الولاية في ابنه وابن ابنه وهما
العم وابنه فان قلت على ماذا يعود ضمير الجمع من قوله على ترتيبهم قلت
على الجد والعم وابنه لا على كل ما تقدم لان ابن الاخ لا يشارك الجد في الميراث
وكيف يتقدم عليه والاخ يشارك الجد ولا يتقدم عليه على الصحيح وقد نقل بعض
الناس الاجماع على ذلك فان كان هذا النقل ليس بصحيح **وقوله** وفي تقديم
الشقيق من الاخ والعم وابنه على الاخر روايتان لابن القاسم والمدونة معناه ان المراة
اذا كان لها وليان اخ شقيق واخ لاب او عمان كذلك او ابنا عم كذلك فهل يترجح
الشقيق على الذي للاب او يكونان سواء في ذلك روايتان احداهما ان الشقيق
ارجح وهي رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة كتاب ابن حبيب واختارها ابن القاسم
والثانية انهما سواء رواها علي عن مالك في المدونة فمن قدم الشقيق رجح الميراث
ومن حكم بالمساواة اسقط الميراث عن درجة الاعتبار بدليل ان الاخ وابنه
مقدمان على الجد في هذا الباب بخلاف الميراث واختار بعض الشيوخ تقديم
الشقيق بدليل باب الولا الا ترى ان الاخ وابنه مقدمان فيه على الجد ولذلك
الشقيق فيه مقدم على الذي للاب ولذلك يجب هنا والحاصل انا رددنا ولاية
النكاح الى الميراث فالشقيق اولى وان رددناها الى التعصيب فكذلك لان باب
الولا المعتبر فيه التعصيب والشقيق فيه مقدم على الذي للاب ومن الحاره
في قول المولف من الاخ هي التي للبيان والروايتان المذكورتان تنطبق في الاخ يجريان
في ساير الاولياء كما يقتضيه كلام المدونة والاحسن ان لو قال وابنهما لان الكلام
في ابن الاخ الشقيق مع ابن الاخ للاب كالكلام في ابني العم لكنه استغنى

هي

بالثاني عن الاول كاحد الوجهين في قوله تعالى والله ورسوله احق ان يرضوه وقال الشاعر
ان شرخ الشباب والشعر الاسود ما لم يعاص كان جنونا فان قلت لم عدل المولف شي
عن ان يقول على غيره او على الذي للاب الى قوله على الاخر قلت اما عدوله عن ان
يقول على غيره فلدخول الاخ للام في لفظ غيره وهو ساقط الاعتبار في باب
الولاية فان اتفق ان يكون ابن عم فولايته لكونه ابن عم لا لكونه اخا
واما عدوله عن ان يقول على الذي للاب فلان قوله على الاخر اخصر وايضا فالغالب
في الاستعمال انهم يقابلون الشقيق بالذي للاب فان قلت جرت العادة ان
الرواية في المذهب تقتصر على ما ينسب الى مالك دون ما ينسب الى اصحابه
والمولف استعمل لفظ الرواية هنا فيما هو منسوب لابن القسم قلت قد بينا
فيما هذا انما ظاهر من نقل ابن القسم عن مالك ونقله لها لا يمنع من اختياره
لها ولهذا والله اعلم قال في الرواية الثانية والمدونة ولم ينسبها لراويها
عن ابن زياد لانه لو قابل ابن القسم في هذا الموضع بابن زياد لاوهم ان عليا
يقول بما رواه كما فعل ابن القسم وعلي لم يرد على ما رواه زيادة فان قلت
ما نسبه المولف الى المدونة ليس بصريح فيها ولا ظاهر بل هو محتمل ونصها قال
عن مالك في الاخ يزوج اخته لابيه وثم اخوها لابيها وامها ان النكاح
جائز الا ان يكون الاب اوصى به الى الشقيق فلا يجوز حينئذ الا برضاه
فقوله يزوج اخته يحتمل ان يريد به زواجا وقع لا زواجا يبتدا انف
ويقوي هذا الاحتمال قوله ان النكاح جائز ومثل هذا اللفظ لا يستعمل في
الغالب الا فيما وقع وايضا فان ما قبل هذا الكلام وما بعده في المدونة
انما هو في الابعد يزوج مع وجود الاقعد فيجب حمل هذا اللفظ على الوجه
الذي ذكرناه قلت فهاري ما ذكرته ان هذا اللفظ محتمل لكن
قوله الا ان يكون الاب اوصى به الى الشقيق فلا يجوز حينئذ الا برضاه ظاهر
او صريح في ان كلامه في امراة لم تنكح ولو كانت قد زوجت لقال مضى
النكاح او فسخ ثم قوله بأثر هذا الكلام في المدونة واما الذي لا ينبغي
لبعض الاولياء ان ينكح وثم من هو اولى منه الى اخر ما ذكره هنالك صريح

في ان كلامه

في ان كلامه في امراة لم يعقد عليها نكاح الى الان وقد دارت
هذه المسئلة منذ سبعة اعوام بيني وبين من كان له النظر في قضاء
الانكحة بتونس حرسها الله تعالى فرايته يذهب في فهمها الى ما اورده
السائل ولم اوافقه على ذلك لما ذكرته واحتج هو ببعض ما تقدم
والله تعالى اعلم بالصواب **وقوله** ثم المولى الاعلى لا الاسفل على الاصح
يعني ثم تنتقل الولاية بعد من تقدم ذكره الى المولى ثم المولى في هذا
الباب ينطلق على من له العتاقة وهو مراد المولف بالمولى الاعلى
وينطلق على من عليه العتاقة وهو مراده بالمولى الاسفل وجعل للاول
الولاية على الشرط المذكور ونقل في الثاني قولين اصحهما سقوطها هذا
معنى كلامه فاما شرطه في ولاية المولى الاعلى ان يعدم ولي النسب
فهو اكثر نصوص اهل المذهب ويظهر من غير موضع من المدونة انه
كاحدهم وعند ابن حبيب تخفيف ذلك اذا كان ذوو النسب ليسوا
بذوي قرابة قريبة والظاهر هو القول الاول كالولاية في غير هذا الباب
واما سقوط مولى العتاقة وهو المولى الاسفل عن درجة الاعتبار في هذا
الباب فادعاء ان ذلك هو الاصح ليس بصحيح اما باعتبار المنصوص في المذهب
فقد فسر شراح المدونة جميع ما وقع لمالك في النكاح الاول منها
بان المولى الاسفل احد الاولياء ولم يذهب احد منهم الى ما ذهب اليه
المولف ولم يتعرض الى نقل الخلاف في ذلك وهذا وان لم يقم به هنا حجة
على المولف فنبهنا كي على النظر فيه ليظهر لك منه ما ظهر لهم ومنع
من جلبه هنا الخروج عن الغرض الذي نحن بصدده ويعضد ما
نذكر ما له في ارخا الستور منها وما عدد من له الحضانة هناك
قال ثم العصبة والاولياء هم العصبة ومن هولاء الاولياء الجد والاخ
وابن الاخ والعم وابن العم ومولى النعمة لانه وارث وهو مولى العتاقة
فانت ترى كيف عد مولى العتاقة من الاولياء ومن العصبة ولا تمتري
في انه المولى الاسفل وايضا فانه يدخل في العاقلة وبه يتبين لك ان وجد

خلاف في المولى الاسفل فالصحيح منه ان له حقا في الولاية **وقوله**
ثم عصبته يعني ان مولى النعمة اذا عدم انتقلت الولاية الى عصبته وهم
بنوه وآباؤه واخوته وابناؤهم على ما تقدم **وقوله** ثم معتقه
ثم عصبة معتقه على ما ذكر يعني اذا لم يكن المعتق موجودا
ولا احد من عصبته انتقلت الولاية الى معتق المعتق وهو الذي يسمى
مولى الولاء ثم الى عصبته ولا اعلم في ذلك خلافا ولم يتعرض المؤلف
رحمه الله تعالى الى الكلام على ولاية الكافل والملتقط فتركناه
لاجل ذلك **وقوله** فلا ان يجبر العبد والامة لما قدم الكلام
على من له الولاية وعلى مراتب الاولياء اخذ هنا يتكلم على من له الجبر
وبدا بالمالك ومراده به الجنس ليدخل فيه الذكر والانثى والحر
ومن فيه عقد حرية اذا كان له النظر في ماله وهو المكاتب
ويحتمل ان يريد نوع المالك الذكر لانه ياتي على ما بعده في المعنى وهو
قوله ونوكل المالكة يجبر العبد على النكاح ولا يختلف فيه
كما اختلف في الوصي هل يجبر محجوره على النكاح والفرق ظاهر
لان المحجور هنالك اذا اكره على النكاح كان قد اتلف مال نفسه
واذا طلق العبد هنا اتلف مال سيده الذي اجبره لان مال العبد مال
لسيده وليس مال المحجور مال وصيه قالوا وهذا ما لم يقصد السيد
بجبره عبده او امته الاضرار فان قصد بذلك الاضرار منع ومن
الاضرار ان يزوجهما ممن لا يليق بهما في العادة والذي قالوه ظاهر
**وقوله** ولا يجبرهما لهما يعني انهما اذا ارادا النكاح او اراده
واحد منهما وكره ذلك السيد لم يجبر عليه وينبغي ان يقيد
ذلك بما لم يقصد السيد الضرر فان قصد اليه امر بالتزويج او البيع
وقد اختلف المذهب هل يجب على الولد ان يزوج اباه اذا طلب ذلك
الاب وهل يلحق النكاح بالاقوات وللشافعية في المسألة تفصيل
ونص بعض المتاخرين منهم على الوجوب حتى قال انه كالحيوان البهيمي
يجب

يجب ارسال الذكور على الاناث زمن الضرب وعلل اهل المذهب
قوله صلى الله عليه وسلم للمملوك طعامه وشرابه وكسوته بالمعروف
ولا يكلف من العمل الا ما يطيق ولحديث خرجه مسلم ببيان حق المملوك
على سيده وما يعرض الى النكاح فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر
ولا ضرار يدل على وجوب الانكاح اذ لا ضرر على المسلم اشد مما حمله
على الوقوع في الزنا قلنا الضرر هو ان يضع الانسان ما هو واجب له او يكلف
ما ليس يجب عليه وهذا هو اصل المسألة **وقوله** ونوكل المالكة
في امتها وليها او غيره لما تكلم على جبر المالك اخذ يبين جبر المالكة
فاما جبرها للذكر فكجبر الذكر المالك له لان الولاية انما تشترط
في جانب الزوجة لا في جانب الزوج على ان بعض الناس اخذ من المدونة
قولا بعدم التنبيه عليه ياتي وعلى هو الذي به من هنا فاذا زوجت
المراة امتها اما جبرا واما طوعا قدمت رجلا لعقد نكاحها ولا
يشترط فيه ان يكون من اولياء السيدة لان عصبة السيدة انما
ثبتت لهم الولاية على موالي عتاقة السيدة بالعتق وبه يحجبون ميراثهم
وهو لم يحصل الى الان ولا تستوحش مما يعطيه ظاهر كلام مالك ان لعصبة
المعتقة تزويج مولياتها بما حكاه ابن فتحون وتابعه عن مقنع
ابن بطال ان المراة اذا اعتقت مملوكتها فلها ان تقدم على انكاحها
من يباشر ذلك من الرجال ونقول ان هذا خلاف ما ذكرته اما انه خلافه
فكذلك ولكن الصواب هو الاول وان الولاية لهم من بعدها في حياتها
ودون ولدها بعد موتها وذلك بين من ابوابها وكلام المتقدمين وقد
عرضته على من يوثق به من اشياخي فوافق عليه والله تعالى اعلم بالصواب
**وقوله** ويوكل المكاتب في امته الى الحر يعني ان المكاتب
لما احرز نفسه وماله وكانت الولاية متعذرة منه لفقد انوثتها
وهي الحرية اشبه المراة من حيث اشتراكهما في المعاوضة باموالها
لكنه ممنوع من اخراج ماله دون عوض دون المراة فاشترط في ذلك

بتكلف

ان يريد يتزوج امايه ابتغا الفضل وليستعين بذلك على فكاك رقبته
واما عبيد المكاتب فقال بعضهم لعل ابن القسم الاجلاب في ذلك على الشرط
المذكور وقال سحنون انما يجوز ذلك اذا زوج عبده من امته ومثله ان يزوج
امته من حر او عبد واما ان زوج عبده حرة او امة لاجنبي فليس من
هذا النظر ولا ابتغا فضل **وقوله** والوصي يزوج رقيق الموصى عليه بالمصلحة
يعني ان الوصي اذا كان ذكرا زوج رقيق الموصى عليهم ذكورهم
واناثهم وجبر الجميع وان كان الوصي امرأة زوجت الذكور من غير تقديم
احد على ذلك كما تقدم وزوجت الاناث بعد ان تقدم لعقد نكاحهم
كما تفعل في رقيق نفسها بشرط المصلحة هذا ان كان الوصي حرا وان كان
عبدا فحكمه حكم المرأة وسياتي الكلام عليه بعد هذا ان شا الله تعالى
ولذا لا ينبغي ان يكون الحكم اذا كان الوصي ذميا والموصى عليهم مسلمين
على القول باجازة ذلك فان قلت شرط المولف في هذه المسلة اعتبار المصلحة
وفي التي قبلها ابتغا الفضل فهل بينهما فرق قلت المصلحة المشترطة
في الفرع الثاني تكون حالية ومالية وابتغا الفضل طلبه والغالب
فيه المال وايضا المصلحة اعم من الفضل فان المصلحة ترجع الى حال العبد والامة
في انفسهما وفي اموالهما وما يستفيده مالكهما بسببهما بخلاف ابتغا
الفضل فانه راجع الى ما يستفاد بسبب الامة وغير ذلك **وقوله**
ومن بعضه حر لا يجبر يعني ان المعتق بعضه والمعتق بعضها سواء
كان الجزء العتيق يسيرا او كثيرا لا يجبر ولا يجبرهما على التزويج اذ
لا تسلط للمالك الا على الجزء الرقيق فلو اجبر السيد العبد والامة
المذكورين على النكاح لكان متصرفا في ماله ومال غيره ومعنى قوله
ولكنه كمالك الجميع في الولاية والرد ان الجبر اخص من الولاية
فلا يلزم من نفيه نفيها بل يبقى له حق الولاية كمالك الجميع ويفترقان
في الاجبار خاصة وهذا بالنسبة الى الامة المعتق بعضها واما العبد
المعتق بعضه فلا يتصور فيه الا الجبر خاصة فاذا انتفى الجبر لم يبق
هناك

هناك ما يتوقف ولكنه كمالك الجميع في الولاية بالنسبة الى العبد
او ابيهما **وقوله** ومن فيه عقد حرية الى اخره يعني ان المدبر والمدبرة
والمكاتب والمكاتبة والمعتق الى اجل والمعتقة الى اجل وام الولد ومن
يلحق بهم من اولادهم هل يجبرهم على النكاح اربعة اقوال اجبار الجميع وعدمه
واجبار الذكور دون الاناث واجبار من له انتزاع ماله وعدم اجبار من ليس له
ذلك فلا يجبر المكاتب مطلقا ولا المدبر والمدبرة اذا امرض السيد
ولا المعتق الى اجل اذا قرب الاجل وذكر ابن بشير عن بعض اشياخه
انه انكر على الشيخ ابي الحسن اللخمي رحمه الله تعالى وجود القول الرابع في
المذهب قال وانما راى في هذه الرواية ان لا يجبر المكاتبة لانه لا يقدر
على انتزاع مالها فاعتقد ان انتفا العلة المعينة يوجب انتفا المعلول
مطلقا وذلك غير لازم في العلل الشرعية لانها قد تجتمع على المعلول الواحد
فاذا انتفت واحدة منها بقي الحكم مستندا الى غيرها هذا معنى ما ذكر
غير ما زاد من المثال واكثر الشيوخ لم يلتفتوا الى هذا القدح ومنهم المولف
على ما تقدم له في علم الاصول وهو اما لان اكثر الفروع على الباجي لا مرية
من الجموع على هذا الحد واما لانهم عولوا على مفهوم العلة في كلام المجتهدين
وقد يقال ان كلام هذا الشيخ في رد هذا القول صحيح لكن من مسالك اخر
وهو ان يحمل قوله في الرواية انه لا يجبر المكاتب على جواب سايل مقدر
ودليله انكاره اذا ذكرنا من فيه عقد حرية فليس له تسلط على الانتفاع
بنفسه اما مطلقا كالمدبر والمدبرة واما من بعض الوجوه كالاستخدام
في المعتق والمعتقة الى اجل واما في الوطي كما في ام الولد وتشترط جميعهم
في ان له ان ينتزع ماله اما في جميع الاحوال على الشاذ والتخريج واما عند عدم
المعارض على المشهور على حسب ما هو مشروح في موضعه ولا يخرج من
ذلك الا المكاتب والمكاتبة فانهما قد احرزا انفسهما ومالهما فالرق
فيهم ضعيف فاشبها الاحرار فلذلك لا يجبرهما فكان المعترض يقول لا نسلم
انهما احرزا مالهما الا ترى انهما يسعيان في الكتابة ويودونها نجوما

تامل تجد جمع من

واذا عجز عن شي منها عاد رقيقا كما ولس فقال في الرواية مل احرز مالهما
لا يسيدها لا ينتزعه وما يؤدي انه يشبه النجوم **وقوله** والاب
يجبر الصغيرة هذا مما لا خلاف فيه ان عني به الصغيرة بقيد كونها
بكرا وان اراد على الاطلاق سوا كانت بكرا او ثيبا فقد حكى بعض
المتاخرين في الثيب قبل البلوغ ثلثه اقوال يجبرها سوا زوجت قبل البلوغ او بعده
ولا يجبرها في الحالين والفرق بين ان تزوج قبل البلوغ فيجبرها او تزوج بعده
فلا يجبرها والظاهر ان مراد المولف ان الصغيرة يجبرها على النكاح بكرا
كانت او ثيبا من وجهين الاول انه قابل الصغيرة بالبالغ البكر الثاني انه
سيقول بعد هذا وفي الثيب تبلغ بعد الطلاق قولان فلو لم يحمل كلامه هنا
على ما ذكرناه والا لزم ان يكون قد اسقط الكلام على الصغيرة الثيب
والفرع مشهور وانما الخلف فطرق ناقليه هل فيه قول واحد او قولان والاصح
في النظر الجبر لان جهل الصغيرة بمصالحها اشد من جهل البكر البالغ **وقوله**
والبالغ البكر يعني ان الاب يجبر البالغ البكر وهذا مذهب اكثر اهل
العلم وخالف فيه جماعة وقالوا لا يجبرها الاب ووقفت في بعض الفتاوى
المنسوبة الى الشيخ ابي القسم السيوري ان الاب لا يجبرها واليه مال اللخمي وفي الباب
احاديث تمسك كل واحد من الفريقين بما يوافقه منها ففي الصحيح عن
ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب احق بنفسها من وليها والبكر
تستامر واذنها سكوتها فقال الجمهور المراد بالبكر هنا اليتيمة لما خرجه
ابو داود من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تستامر اليتيمة
في نفسها فان سكتت فهو اذنها وان ابت فلا جواز عليها قالوا فحديث
ابي هريرة مبين لحديث ابن عباس وقال اخرون لا احتمال في الحديث الاول حتى
يفتقر الى تفسير بل الاول باق على عمومه والحديث الثاني جا في بعض صور الحديث
الاول ولم يتعرض الى نقيضها بنفي ولا اثبات وقووا ذلك بان في بعض طرق
حديث ابن عباس مما خرجه مسلم يستامرها ابوها في نفسها واجاب الجمهور
بان ابا داود لما ذكر هذا الحديث قال ابوها ليس بمحفوظ وتقييده في رواية

ابي هريرة

ابي هريرة الاستيمار باليتيمة لا بد له من فايدة وليس الا نفي الحكم عما عداها
على نحو ما يقرر في حجة المفهوم وخرج البخاري حديث خنسا بنت خدام ان
اباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فاتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد
نكاحها وذكر ابو داود والنساي انها كانت بكرا قالوا والصحيح من
امرها ما ذكره البخاري وهذا ان كان من جهة السند فمقبول وان كان
السندان صحيحين فللمخالف ان يقول لعل اباها زوجها مرتين مرة وهي بكر
واخرى وهي ثيب فهما قضيتان واما قول المولف في هذه المسالة بعد ذلك وقيل
يستحب استيذانها فمعناه هل يستحب للاب استيذانها او لا قولان وقال
بعضهم ان المذهب لا يختلف في استحباب استيذانها للخروج من الخلاف
**وقوله** والمجنونة يعني يجبرها ابوها على اي حال كانت من بكارة او ثيوبة
وذلك هو النظر لها ولا ينبغي ان يكون هذا خاصا بالاب بل يشاركه
في هذا الحكم القاضي اعني انه يجبر اليتيمة البالغ المجنونة وهذا اذا كانت
لا تفيق واما ان كانت تفيق احيانا فلينتظر افاقتها **وقوله** والثيب
بعارض كالبكر مراده ان الثيب بعارض من زالت عذرتها بغير جماع
ولا العلم في ذلك اما وهذا لان حياها وجهلها بالمصالح باق على ما كان
عليه قبل الثيوبة ومنهم من يمنع تسمية هذه بالثيب وسنتكلم على
ذلك في عيوب النكاح ان شا الله تعالى **وقوله** وفي الثيب بحرام
قولان انما عدل عن عبارة اكثر المولفين وهي الثيب بالزنا الى قوله بحرام
ليدخل في كلامه المغصوبة لانهما اشتركتا في ان ثيوبتهما بحرام
والقول باجبار الثيب بالزنا على النكاح هو مذهب المدونة والقول
بعدم اجبارها لابن الجلاب وكذلك حكى بعض الشيوخ القولين في الثيب
بالغصب وعدم جبرها لابن عبد الحكم والزم القاضي عبد الوهاب
تقييد المذهب في الثيب بالزنا بما اذا لم يتكرر ذلك منها وبقي حياوها على
ما كان عليه او تزايد ورأى ان من خلعت جلباب الحيا لتكرره منها
لبعضهم ؟ انها لا تجبر وجعل هذا تفسير المدونة ومنهم من عدّه خلافا

وهو الظاهر لانه الذي تقدم عليه الدليل **وقوله** والثيب بالنكاح
الفاسد شبيهة بالصحيح يعني اذا تزوجت تزويجا لا يجوز ودخل بها زوجها
فسخ او طلق الزوج او مات عنها لم يكن لابيها ان يجبرها على النكاح
لان حالها في بقاء الحيا وعدمه كالتي تزوجت بنكاح صحيح واحتج في
المدونة بان لواحق النكاح الصحيح تثبت في هذا النكاح من لحوق
الولد ودرء الحد والاعتداد في بيت اهلها ومعناه انه مساو للنكاح
الصحيح في اكثر الاحكام فوجب الحاق هذا الفرع بذلك الاكثر
**وقوله** وفي العانس قولان يعني وفي جبرها قولان قال بعضهم هما
روايتان عن مالك وهو لم تزل على حال البكارة فالدليل الدال على جبر البكر
يشملها لفظا والغالب من حالها العلم بالمصالح فيمكن ان يجعل هذا
القدر مخصصا لبعض صور الدليل المذكور وعلى القول بعدم الجبر فهل
يكون اذنها صماتا كالبكر او يكون نطقا ذكر بعضهم في ذلك
ثلثة اقوال احدها ان اذنها نطقا كما لو رشدها والثاني انه الصمات
كاليتيمة والثالث ان اصدقت عرضا فالنطق والا فاذنها صمات وفيه
ضعف **وقوله** وهي المباشرة العارفة بالمصالح تقدم اول هذا الكتاب
في قوله المطلق ظهورا وهو الباقي على خلقته انه قدم التعديد على التصور ولذلك
فعل هنا وتقدم العذر له في ذلك ويعني هنا بالمباشرة اي لم تحتاج اليه
وانها غير محجوبة حجاب الابكار وسوى الله انها ليست بجاهلة
بل عارفة بمصالح نفسها وتفسير لفظ العانس بهذا المعنى اخص من
تفسير لغة قال الجوهري عنست الجارية تعنس بالضم عنوسا
وعناسا فهي عانس وذلك اذا طال مكثها في منزل اهلها بعد
ادراكها حتى خرجت من عداد الابكار وتجمع على عنس
وعنس مثل بازل وبزل قال ابو زيد يقال عنست الجارية تعنس قال
الاصمعي ولا يقال ذلك ولكن عنست على ما لم يسم فاعله وعنسها
اهلها **وقوله** قال ابن القسم الى قوله ابن وهب يعني ان الجارية لا تستحق

اهلها

اسم العانس



اسم العانس بمجرد الاوصاف المذكورة بل يشترط علو السن كما اشار اليه اهل
اللغة بقولهم اذا طال مكثها في منزل اهلها واختلف في حد ذلك الطول
فذكر المولف قولي ابن القسم وابن وهب وزاد غيره ثلثة اقوال احدها انه خمس
وثلثون سنة وقيل خمس واربعون وقيل من الخمسين الى الستين وحكى بعضهم
قولين اخرين ثلث وثلثون وخمسون هذا اذا كانت العانس ذات اب واما ان
كانت مهملة فقيل لا يبلغ بها الثلثين ولابن الماجشون يبلغ بها ذلك وقال
اصبغ اربعون وقيل من الخمسين الى الستين وانت تعلم ان وجود دليل شرعي
على مثل هذا التحديد متعذر **وقوله** وفيمن طالت الى قوله يعني انه اختلف
المذهب على قولين في المدخول بها تطول اقامتها مع زوجها ثم يفارقها هل
يبقى لابيها الجبر عليها ام لا ومذهب المدونة انها كالبكر لا يجبرها قال فيها لم يكن
لابيها ان يزوجها كما يزوج البكر ان طالت اقامتها مع زوجها وشهدت
مشاهد النساء فزاد على مجرد الطول الذي اقتصر عليه المولف ان تكون قد
شهدت مشاهد النساء وهذه الزيادة لا بد منها لان طول الاقامة بمجرده
لا يفيد فائدة مع بقائها على حال البكارة **وقوله** وفي تحديده
بسنة او بالعرف قولان يعني اذا قلنا ان الطول يقوم مقام الوطي في رفع
الحكم الجبر فهل يحد ذلك بالعرف او بسنة قولان ومذهب المدونة
منها انه يحد بسنة والاصل الرجوع فيه الى العرف وما به تعرف
المصالح في العادة ورأى في المدونة ان السنة يرجع الى التحديد بها في غير
موضع وظهور الادواء في العهدة والقصاص في الجراح وهذا ضعيف
لان التحديد بالسنة في تلك المواضع كان لمعان هي مفقودة هنا الا ان
يقال ان معاشرة الرجال وما يحتاج النساء الى معرفته من ذلك لا يحصل
لهن دفعة ولا في فصل واحد من فصول السنة لان انواع الماكل والملابس
واحوال النوم تختلف في السنة ولا بد للمرأة من معرفتها فهذا ما ينظر
فيه فاذا فرعنا على مذهب المدونة فاقامت مع زوجها ستة اشهر
ثم طلقها وقالت ما جامعني فاستحب في العتبية مؤامرتها فان لم تفعل

وزوجها مضى النكاح قاله بعضهم ولذلك اذا افترق بذلك قبل ان يزوجها
ابوها او يقرب ما زوجها فاما ان زوجها وهي غائبة بعيدة الغيبة او حاضرة
فلم تعلم حتى طال الامر فانما نتهم على امضاء النكاح باقرارها على نفسها
ان زوجها الذي دخل بها لم يصبها يعني ان ما اقرت به من عدم الوطي
يستلزم الاقرار لابيها على نفسها بالجبر على النكاح فيعمل عليه ما لم يعارضه
اسقاط حكم شرعي فتعود مجرد دعوى من غير دليل فلا يلتفت اليه
كما اذا زوجت وهي غائبة ولم تعلم الا بعد طول وهذا اذا لم يعلم ما عند
مطلقها في ذلك فان قال هو قد جامعتها وانكرت هي فان كان الطلاق
وقع بعد الدخول بشهر او شهرين فقال بعضهم للاب ان يزوجها بغير اذنها وذكر
الابهري قولا اخر انه لا يزوجها الا برضاها ومقتضى ما قدمناه من الاقرار على
نفسها ان يرجح القول الاول وان كان اختلافها مع الاب فقال الاب جامعها
مطلقها وانكرت فان القول قول الاب في سقوط النفقة **وقوله** وفي
الثيب ابلغ بعد الطلاق قولان يعني ان من ثيبت قبل البلوغ فاراد ابوها ان
يزوجها بعد البلوغ هل له جبرها في ذلك قولان وقد تقدم اول الفصل الاشارة
الى هذه المسألة والاظهر من هذين القولين سقوط الجبر لان من هذه حالها جرت
العادة بانها تتصرف تصرف الثيب وان حياها دون حيا البكر ولا سيما
ان طال امرها بعد البلوغ **وقوله** ووصي الاب ووصيه الى اخر الفصل قوله
ووصيه راجع الى قوله ووصي الاب والمجرور وهو قوله بالنكاح متعلق
بقوله ووصيه ولذلك يقدر بعد المعطوف عليه فيصير التقدير ووصي
الاب بالنكاح ووصيه بالنكاح كالاب يريد ان كل واحد منهما
كالاب الا ان هذا التقدير يوجب اشكالا سياتي بيانه ان شاء الله تعالى
ثم ظاهر التشبيه يقتضي ان كل واحد منهما تكون له الولاية حيث ما كانت
للاب على الوجه الذي كان له فيجبر كل واحد من هذين الوصيين
البكر ويزوج الثيب وان انتقلت حالها الى الرشد لان الاب كان له
ذلك على هذا الوجه وفي هذا مزيد كلام سياتي ان شاء الله تعالى واعلم

ان قول المولف



ان قول المولف ووصيه لا يريد به خصوصية من اوصى له وصي الاب
بالنكاح هل يشاركه في ذلك هذا الوصي الاسفل وهلم جرا ما بعد
فيكون المعنى كل وصي حصل له ذلك بسبب وصي الاب سوا باشر
ذلك او كان عن واسطة قربت تلك الواسطة او بعدت قال في المدونة
عن مالك ووصي الوصي في البكر وان بعد كالوصي واستثنى المولف الاجبار في
القول الثاني يقوي انه اراد في القول الاول عموم التشبيه فيما بين كل واحد
من الوصيين وبين الاب ومعنى هذا القول ان الوصي ولي الا انه لا يجبر ولذلك
صح الاستثنا في القول الثاني ومعناه انه ولي ولا جبر له الا ان يفهم
ارادة الجبر كما لو قال له زوجها قبل البلوغ وبعده واحرى اذا نص على
الجبر فيكون له والاولوية المذكورة في القول الرابع فيما بين الوصي
وبين الولي وانظر هل هذه الاولوية التي بينهما مثل الاولوية التي بين الولي
القريب والولي البعيد فيقدم الوصي ولا يزوج الولي وان زوج الولي مضى
على ما هو المعروف فيه هنالك من الاقاويل المذكورة في تلك المسألة
وتجري فيها بقية الاقوال او لا وهذه الاولوية معنى انه يصح ان
يعقد كل واحد من الولي والوصي الا ان الوصي ارجح كترجيح احد الجائزين
على الاخر في بعض الاحوال ولا يمنع ذلك الاقدام على المرجوح وكالوليين
يكونان في مرتبة واحدة ويزيد احدهما بعلو السن وهذا ظاهر قول
يحيى بن سعيد في المدونة الوصي اولى من الولي ويشاور الولي وقصر المولف الاولوية
هذه الاولوية على البكر البالغ دليل على ان ولاية الوصي مشروطة
بالبكر لا تتعدى الى الثيب سوا بقيت على حال السفه او انتقلت حالها الى
الرشد وهو بعيد على ما سنذكره ان شاء الله تعالى واما وصف البلوغ
فيها فلان الاولوية المذكورة تنافي الجبر لانها بين الوصي وبين من عدا
الاب من الاوليا وكل واحد من هؤلاء الاوليا لا يجبرون لكن هذا الاسم
حقيقة الا على الوجه الثاني من وجهي الاولوية المتقدمين ويشترك
هذا القول مع القول الخامس في عدم اعمال قول الموصي واشد منه في

الاشكال القول السادس في اثبات الاولوية ولكنها في جانب الولي
على نحو ما تقدم في جانب الوصي وكله مخالفة لقصد الموصي فان قلت
وكذلك القول السابع وانه كالاجنبي اي لا حظ للوصي في الولاية
ففيه رد وصية الموصي قلت الوصية عند صاحب هذا القول
باطلة لان الموصي اوصى بما لا يملك وايضا الولاية تنتقل بعد موته لمن
يليه من الاولياء على ما تقدم فلو اجزنا الوصية لكنا قد ابطلنا حق هذا
الولي لا موجب وايضا فربما كانت وصية على وجه الضرر بخلاف
القول الخامس وما بعده فان الوصية عند هؤلاء القايلين جايزة ولكنهم
اجازوها على غير الوجه الذي اوصى به الموصي وكان القاضي ابن السليم
يلزم الوصي ان يقدم الولي فيخرج من الخلاف والظاهر انه لا حق للوصي في الولاية
لما اشترنا اليه الان من ان ولاية الاب مشروطة بحياته الا ان المشهور هو القول
الاول وعليه فرعوا فاذا فرعنا عليه وزوجها احد الاولياء على البكر مع وجود
الوصي فظاهر المدونة وهو منصوص في كتاب محمد ان للوصي رده ولفظه
في المدونة لم يجز هذا النكاح فتردد بعض الشيوخ هل ذلك لان الوصي
تنزل منزلة الاب الذي كان له رده فان فعل هذا لا يكون للولي معه
ولاية ويتحتم فسخ هذا النكاح كما لو زوجها احد الاولياء مع وجود
الاب وانما كان له رده خشية الافتيات على الاوصياء وقال الشيخ
ابو اسحق ظاهر هذا ان له الامضاء وقال بعض الشيوخ اذا كان ذلك لانظر امتنع
الوصي من فسخه وقد تقدم معنى قول المولف ووصي الاب ووصيه بالنكاح
كالاب وان قيد قوله بالنكاح راجع الى المعطوف والمعطوف عليه
وذلك يوجب اشكالين احدهما ان يكون المولف لم يتعرض لحكم الوصي
المطلق في النكاح لانه لا يلزم اذا كان الوصي بالنكاح النص الإنكاح
ان يكون كذلك كل وصي والاشكال الثاني ان يكون للوصي
بالنكاح فقط الجبر من غير ان ينص له عليه ومن يرى ان الجبر لا يقوى
الا اذا نص له على الجبر او على ما يستلزم الجبر فمما اثاره الاشكال الاول

مخالفة



مخالفة قول ابن القسم في المدونة ومن قال ان مت ففلان وصيي ولم
يزد على هذا فهو وصيه في جميع الاشيا وانكاح صغار بنيه ومن بلغ من
ابكار بناته باذنهن والثيب باذنها والمولف رحمه الله تعالى ذكر
طرفا من هذا في كتاب الوصايا وهناك يقع تمام الكلام عليه ان شا الله
وانما نبهنا هنا على المعنى الذي اشرنا اليه وحينئذ يكون الوصي يزوج
بنات الموصي فهل يقتصر على ذلك او يتعدى فينظر الى كل من كان للميت
عليه ولاية ولذلك اذا كان للوصي نظر على ذكور فهل له ان يزوج
بناتهم ومن لهم عليه ولاية وقع في ذلك اضطراب وقال القاضي ابن رشد
اما اذا قال فلان وصيي فقط ففي تزويجه من لا ولاية له عليهن من اناث
الموصي ومولياته ثلثة اقوال احدها ان له ان يزوجهن وهو اولى
بذلك من الاوليا وهو مذهب ابن القسم وابن حبيب والثاني مثله الا ان الاوليا
احق بذلك منه وهو قول اصبغ والثالث ليس له ان يزوجهن وهو قول سحنون
قال واما وصي الولي عليه بامر من رجل او امراة فلا تتعدى ولايته الى غير
من اليه النظر ولا يزوج احدا من قرابات الموصي كان محجورا حيا او ميتا
اذ لا ولاية له على واحد منهم ولا خلاف في هذا غير ابن الهندي
قال ان زوج واحدة منهن مضى قال وهو بعيد واما لو قال فلان وصيي على
بضع بناتي لكان وليا لجميع بناته في النكاح وان لم يكن مالكا
لامور انفسهن وان رشدن محجورة فانه يزوجها كما كان ابوها يزوجها
وهي مالكة لنفسها وللشيوخ في هذه المسايل كلام اقتصرنا منه على هذا
وقوله وقال اصبغ الى اخره هذه المسألة في بعض روايات المدونة
ولذلك هي في غير المدونة لابن القسم وفسرها سحنون بان الموصي له رضي
بالقرب وهو ظاهر في الفقه لوجوب قرب القبول من الايجاب في
العقود ولاسيما في عقد النكاح ولكنه بعيد من اللفظ ولاسيما
مع كثرة وقوع المسائل المتقدمة في الدواوين مجردة عن هذا التاويل
ويؤيد ذلك بعدا ان من النادر موت الموصي في الحال اثر وصيته

ومبادرة الموصى له بالقبول قبل التشاغل بالدفن وتقرب من هذه المسئلة
مسئلة اقالة المريض في اول السلم الثالث من المدونة ومثل تاويل سحنون
هذا تاويل ابن اللباد مسئلة السلم المذكورة لكن مسئلة السلم حصل فيها
الايجاب والقبول والقبض على تاويل من كل واحد من المتقابلين وانما
يخشى فيها تعقبه الورثة بالوجه الذي ذكروا هنالك ومسئلة النكاح
لم يحصل فيها غير الايجاب من الولي وبقي الزوج مخيرا عليه فان فرض الامر
كما قال سحنون انه حصل قبول الزوج بالقرب فالامر خفيف
والا فمقتضى الدخول المنع ولعله لهذا لم يعلم **وقوله** وفي الصحة قولان
يعني اذا قال في الصحة اذا مت فقد زوجت ابنتي من فلان فهل يجوز ذلك
كما في المرض ام لا **وقوله** وبقية الاوليا يزوجون البالغ خاصة
على الاصح باذنها وان كانت سفيهة يعني ان من عدا الاب
والوصي والسيد من الاوليا لهم ان يزوجوا البالغ خاصة وهل لهم
ان يزوجوها قبل البلوغ في ذلك قولان الاصح وهو المشهور انه ليس ذلك لهم
والشاذ ان لهم ذلك فقول المولف على الاصح راجع لقوله خاصة ثم البالغ
اذا زوجها الاوليا المذكورون فلا جبر لهم عليها ولا بد من اذنها
ولو كانت سفيهة ولا يمنع سفهها من استيذانها لان السفه
انما يمنع من النظر في الاموال ولهذا لا يكون لوصي المراة قيام ولا خصومة فيما يتعلق
بالضرر الذي ينال المراة من زوجها في عشرتها الا بتوكيل منها على ذلك وهذا الفقه
بيان زايد حسن **وقوله** ويستحب اعلام البكر ان صمتها اذن مرة وقيل ثلاثا يعني
ان اعلام البكر ان صمتها اذن غير واجب وانما هو مستحب فلو تركه لم يضر ولم يذكر
المولف في ذلك خلافا وظاهر قول غير ابن القسم في المدونة وهو نص قول مالك من رواية
ابن مسلمة ان ذلك واجب قال في المدونة واذا قال للبكر وليها اني زوجتك من فلان
فسكتت فذلك رضى منها قال غيره اذا كانت تعلم ان السكوت رضى وقال مالك
في الرواية التي ذكرناها ان عليهم ان يعلموها وليس كل النسا يعلم ذلك وعلى
الخلاف حمل ابن وضاح ما في المدونة قال الباجي ظاهره انه شرط غير ان اصحابنا حملوه على

الحجر



الاستحباب قلت والنظر رواية ابن مسلمة ووجهه ما قال الامام فيها ثم اذا
قلنا بالوجوب فتكفي مرة واحدة ولذلك على القول بالاستحباب واما من قال
بالثلاث وهو مذهب ابن شعبان فاحتياط ولهذا قال عنه الملك وبطول المقام عندها
قليلا **وقوله** فان منعت لم تزوج هذا صحيح والا فلا فايدة في استيذانها ويعلم
منعها بنطقها ونفارها وغير ذلك من قراين الاحوال واختلف في بكائها هل يدل
على المنع لان سببه انما هو ما تكرهه النفوس ولا يجاذ الا كان الصوت دليلا
على الرضا وقيل لا يكون البكاء دليلا على المنع لانه قد يكون عن فرط حيا
او تذكر والدها او غير ذلك **وقوله** فان قالت ما علمت ان الصمت اذن لم
يقبل على الاصح هذا مما يدل على صحة وجود الخلاف في اصل المسئلة اعني وجوب
اعلامها ان صمتها رضى لانه لو كان اعلامها مستحبا بالاتفاق لما صح ان تعذر
بالجهل ومثل الخلاف في عذرها بالجهل هنا وعدم عذرها اختلافهم في عذر المعتقة
تحت العبد تمكن زوجها هل تعذر به ام لا على ان المسايل التي لا يعذر الانسان فيها
بالجهل كثيرة جدا لكن هذان الفرعان شديدا الشبه والله تعالى اعلم
**وقوله** والبلوغ بالاحتلام يعني ان البلوغ الذي يخرج به الصغير من عدم
التكليف الى حد التكليف يعلم حصوله بامارات وعلامات كل واحدة
منها تكفي في الدلالة وربما اجتمع منها امارتان فاكثر في زمن واحد او ازمنة
متعاقبة فمنها ما يعم نوعي الذكر والانثى ومنها ما تختص به الانثى فالاولى من
العلامات الاحتلام وهو في الذكران اكثر منه في الاناث ولا خلاف انه
معتبر فيهما والثانية الانبات واضطرب المذهب في اعتبارها اضطرابا كثيرا وقال
بعض المتقدمين من اهل المذهب انه معتبر في الاحكام التي بين العباد كالقصاص وما
ينظر فيه الحكام من الحدود وما في معناها وغير معتبر في الاحكام التي لا ينظر
فيها القضاة والحكام كالصلاة والصيام والحج وان من انبت ولم يحتلم يقتل اذا
قتل ويقام عليه حد السرقة وما في معناه ولا يومر بالحج ولا بالصلاة مثلا لكن
يوكل في ذلك الى ما عنده وقال بعض الشيوخ ان هذا متفق عليه اعني ما ذكرناه
في الاحكام التي بينه وبين الله تعالى وانما الخلاف في القسم الاخر ويرى صاحب

هذا القول ان ما جاز للامر نقل من جرت عليه المواسى لا يتعدى الى غيره من الاحكام
التي بين العبد وبين ربه تعالى الثالثة قول المولف او السن يعني او بلوغ الصغير سنا ما
ولا خلاف في اعتباره وانما الخلاف في مقدار ذلك السن فقيل ثمانية عشر عاما وقال
ابن وهب وجماعة خمسة عشر عاما من غير تفصيل بين الذكران والاناث في شيء
من هذه الاقوال الثلثة وان كان لبعض الايمة خارج المذهب تفصيل في ذلك والقول
بانه خمسة عشر عاما هو مذهب الاكثر من خارج المذهب وعليه يدل حديث
ابن عمر المشهور وقوله وتزيد الانثى بالحيض والحمل يعني ان الانثى تشارك الذكر في
العلامات الثلاث السابقة وتختص بالحيض ولذلك تختص بالحمل الا ان الحمل لا يظهر ولا يعلم
به اول ما يحدث وانما تظهر بعد اشهر وايضا فالعلامات السابقة تكون في
المتزوج والاعزب وهذه العلامة انما تكون في بعض من له زوج وقوله ورجع
مالك الى غيره يعني ان قول مالك اختلف في اليتيمة هل تزوج قبل البلوغ وظاهره انه كان
يقول لا تزوج وان لم تدع الى ذلك ضرورة حاجة وهو شبيه بالقول المقابل للاصح في قوله
وتقيد الاولياء بتزويج البالغ خاصة على الاصح وظاهر قول المولف في قوله وقيل تزوج ولها
الخيار اذا بلغت انه يجوز الاقدام على ذلك ابتداء وهذا القول حكاه غيره من فروع
القول بالمنع وانا اذا منعنا ذلك فوقع فقيل انها تخير اذا بلغت لا ان ذلك الخيار على
ان يكون لها الخيار وهذا النقل اشبه باصول المذهب لان الخيار مناف عندهم لعقد
النكاح وما نقله الان في الفرع الذي بعد هذا دليل على صحة نقل غير المولف
والله تعالى اعلم وما ذكره ابن بشير عن المتاخرين هو الذي عليه العمل ببلادنا اليوم
بزيادة بلوغها عشر سنين مع مشاورة القاضي وقوله وعلى المشهور تفسخ وان بلغت
ما لم يدخل هكذا يقع في بعض النسخ ويقع في بعضها عوضا عن قوله ما لم يدخل وان دخل
وهو الصحيح قال ابن حبيب عن مالك واصحابه يفسخ قبل الدخول وبعده وان طال وولدت
الاولاد ورضيت زوجها وقيل يفرق بينهما ما لم يطل بعد الدخول قال اصبغ منتهيا
لهذا القول ما لم يطل وتلد الاولاد ولم ير الواحد والسنتين طولا وقيل ان الخيار لها [illegible]
اذا بلغت فعلى هذا قال بعضهم ان عثر عليها قبل البلوغ فسخ النكاح وكذلك اذا
بلغت فانكرت ولا يفسخ اذا لم يعثر الا بعد البلوغ ورضاها او بعده وقد طال وقيل انه

مكروه

وهو المشهور وقيل سبعة عشر عاما

مكروه وعن مالك انه توقف في فسخه قبل الدخول وبعده وقوله
واذا تقدم العقد على الاذن الى الخ يعني اذا عقد ولي المراة النكاح مع رجل
قبل ان يشاورها وفي معنى ذلك ان يعقد رجل النكاح عن رجل قبل ان يشاور
مع ولي امراة تشاورها وليها او لم يشاورها ثم حصلت المشورة والرضى بعد ذلك
وهذه المسئلة هي المعبر عنها عند اهل المذهب بالنكاح الموقوف وذكر المولف
وغير واحد من المتاخرين فيها ثلثة اقوال الاجازة والامضا مطلقا والمنع والابطال
مطلقا والتفصيل وهو المشهور ان امضى ذلك من له الخيار بالقرب مضى وصح وهو معنى
قول المولف ان تعقبه قريبا صح فقاعل تعقبه ضمير يعود على الاذن وان بعد
الاذن لم يجز وقد انكر غير واحد من الشيوخ وجود الخلاف في هذه المسئلة على
هذا الحد وقال بعضهم ليس فيها الا قولين الجواز مطلقا قرب او بعد والتفصيل
المذكور وقال بعضهم ليس فيها الا المنع مطلقا والتفصيل واكثر المثبتين
للاقوال الثلثة ينسبونها للمدونة ومنهم من اثبتها من غير المدونة ولا حجة لا دلالة
في المدونة على مجموع تلك الاقوال المذكورة والنظر في اثبات ذلك من الفاظ
المدونة ونصها لا يلزم من تكلم على مسايلها والجاري على اصول المذهب القول
بالمنع مطلقا ولا يبعد المشهور عن اصول المذهب كل البعد واما كان القول بالمنع
مطلقا هو الجاري على اصول المذهب لان النكاح على هذه الصورة مستلزم للخيار
الذي هو ممنوع في هذا العقد اما اتفاقا واما مشهورا واذا فرعنا على القول
بالمنع مطلقا فقال ابن القسم تفسخ ما لم يدخل وافقه على ذلك ابن الماجشون وقال ابن القسم ايضا
تفسخ ما لم يطل بعد الدخول وقال اصبغ تفسخ وان طال وهذا اقيس الاقاويل
الثلثة ولنقتصر على هذه الطريقة في النقل فانها اقرب عندي لتحصيل نقل
المذهب وللاشياخ طريقان اخران في نقل المذهب تركناهما كراهة التطويل
واذا فرعنا على المشهور فاحد القرب في كتاب ابن حبيب ان يكونا في موضع
واحد من البلد قال بعضهم يريد الحصن الواحد والقرية الواحدة قال ولم
يشترط ذلك سحنون وجوزه وان لم يكونا في موضع واحد منه وقال غيره
مثل ان يعقد النكاح في السوق او المسجد ثم يسار اليها بالخبر من الساعة

وجعل مالك في رواية ابن حبيب اليوم الواحد في حيز الكثير المانع من صحة العقد
وجعل سحنون اليومين في حيز القليل وخمسة الايام في حيز الكثير وقد علمت
انه لا اصل لشي من هذا التحديد سوي ما يعده اهل العرف قليلا او كثيرا وقوله
والصمات هنا لغو يعني ان صمت البكر في النكاح الموقوف لا يكون دليلا على الرضى
ولا بد من نطقها وتصريحها بالرضى كالثيب وقيل الا ان يعلم انه وان سكوتها
رضى وهذا القول يشبه ان يكون جاريا على مذهب من لا يرى ان اعلام البكر
بان سكوتها رضى واجب في اصل المسلة قال بعض الشيوخ في هذا الفرع وقيل ان
صماتها رضى والذي ذكره المولف هو مذهب المدونة قالوا ووجهه ان النكاح
على هذه الصورة مستلزم العدا على الزوجة فقد خالف العقد المعهود في الشرع
ورفع العدا لا يكون الا بالتصريح اذ لا يستحيا من رفعه ونبه نظرتم الحق لازم
الموثقون بتلك المسلة مسايل منها اذا رشد الاب ابنته البكر البالغ قالوا
لا تسقط نفقتها عنه لها ولم يزوجها الا برضاها والسماع منها كالثيب
ومنهم من قال ترشيد الاب انما يرفع نظره عنها في الصداق خاصة فاشبهت
اليتيمة واليتيمة لا يحتاج الى نطقها منها كالثيب ومنهم من قال ترشيد الاب
فكذلك هذه والاقرب هو الاول لان نظر الرشيدة اتم من نظر اليتيمة ومنها
البكر اليتيمة المعنسة والكلام فيها يشبه الكلام في التي قبلها لانها في
كثير من احكامها كالرشيدة على مذهب ابن القسم ومنها اليتيمة اذا سيق
اليها ما لم تسبق معرفته اليها ومنها اذا زوجت عبدا او مكاتبا او مدبرا او زوجها
غير ابيها من اوليايها لان ذلك عيب زايد على ما اقتضاه عقد النكاح ومنها اذا
زوجت من ذي عاهة فقالوا ايضا لا بد من كلامها وقوله فان اقرت بالاذن
وقالت لم يزوجني الخ يعني ان المراة اذا وكلت من يزوجها من رجل فقال قد
زوجتك منه فقالت لم تزوجني وهي مقرة بانها امرته فانه يصدق الوكيل
ان ادعى ذلك الزوج ولا يعول على قولها وكذلك الوكيل على بيع سلعة يقول
بعتها من فلان وفلان يدعي ذلك والموكل ينكر ان يكون البيع وقع منه
فانه يعول على قول الوكيل ولا يلتفت الى قول الموكل وسوا في المسلتين عزل الوكيل





بان ما ادعى البيع والانكاح او لم يعزله لانه امينه قال بعضهم ويختلف
اذا ابتدات المراة بقولها للوكيل عزلتك فقال كنت زوجتك فقيل القول
قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقوله قال مالك وتكشف من لا تعرف
لمن يشهد على رويتها يعني ان المراة اذا اشهدت على نفسها بحق وسوا في ذلك
النكاح وغيره فان كان الشهود يعرفونها والاسم والنسب شهدوا عليها
ولا يحتاجون مع ذلك الى النظر الى وجهها ولا ينبغي ان يشهد عليها من لا يعرفها
مع وجود من يعرفها وهذا المنقول ووجهه ان من لا يعرفها لا يشهد عليها
الا بعد النظر اليها ومن يعرفها لا يحتاج الى ذلك فلو شهد عليها من لا يعرفها
لنظر الى وجهها من غير ضرورة وذلك لا يجوز وهذا ينبني عندي على القول
في الطبيب لا يجوز العدول عن ذي المحرم الى غيره من الاطبا الا عند الضرورة فاذا
دعت الضرورة الى استشهاد من لا يعرفها جاز ونظر اليها وتثبت في
شخصها ولا يقول في نص الوثيقة ممن يعرفها باسمها لكن يقول ممن يعرفها
بعينها ولهذا قال بعضهم لا يبيح لمن يشهد عليها على هذه الحال ان يشهد عنه
على شهادته ان فلانة اشهدته لكثرة الاحتمال ان لا تكون هي التي اشهدته
ثم يغيب شهود الاصل او يموتوا فتوخذ المراة بما لم ترض وما لم تشهد به على
نفسها ولاجل هذا كله قال مالك في موضع لا اري ان يشهد الرجل على
من لا يعرف وراي بعض الشيوخ وحكي ان العمل جرى به عندهم انه اذا حضر
عقد النكاح من يعرف المشهدين ومن لا يعرفهم جاز لجميعهم ان يشهدوا
ولا يلزم من لا يعرفهم ان يتثبت في شهادته ما يلزمه لو انفرد واحتج في ذلك
بما لا ارتضيه قال واما عند ادا الشهادة فلا يحل للشاهد ان يشهد بالنكاح
الا على عين من يثبت عينه ويعرف انه هو الذي اشهده دون شك في
ذلك ولا ارتياب وقوله فان اذنت ولم تعين الزوج الخ يريد اذا قالت
لوكيلها زوجني ممن احببت فهل يزوجها من رجل قبل ان يعلمها من هو في
ذلك قولان قال مالك في المدونة لا يزوجها حتى يعلمها وقال فيها ابن القسم
له ان يزوجها قبل ان يعلمها وهو الظاهر لان ذلك مقتضى قولها ممن احببت

وفيا ساعلى ما لو قال الرجل لاخر زوجني ممن احببت فان له ان يعقد عنه النكاح
قبل ان يعلمه من هي المراة فان قلت لم يذكر المولف في فرض المسلة زوجني
ممن احببت واما قال فان اذنت ولم تعين الزوج وعدم التعيين اعم من ان يكون مع
قولها ممن احببت او بدونه والاشكال انما جا من قوله ممن احببت قلت
فرض المسلة في المدونة مقيد بقوله ممن احببت وايضا فلا نسلم ان الاشكال جا من
هذه اللفظة لان الموكل اذا اطلق توكيله في النكاح فان حملناه للشي على العموم
كما ذهب اليه بعضهم فلا اشكال وان لم يعم كما ذهب اليه الاكثرون
فعقد الوكيل نافذ عندهم لازم للموكل في كل ما يليق به في الوجه الذي
وكله عليه من بيع او نكاح او غير ذلك من غير مشاورة من الوكيل للموكل
وقد ذكر بعضهم في المسلة قولا ثالثا انه يلزمها برضاها في القرب ولا يلزمها
في البعد والظاهر هذا انما هو تفريع على القول انه لا يزوجها حتى يستاذنها فان
زوجها قبل ان يستاذنها عاد نكاحا موقوفا وقد علمت ما فيه من الاقوال
وان المشهور منها الفرق بين القرب والبعد واما قول المولف الا من نفسه
فيقف عليها معناه ان القولين المتقدمين مقصوران على ما اذا زوجها الوكيل
من غيره واما ان زوجها من نفسه فلا يجري فيها ذلك الخلاف بل يتفق على
ان هذا النكاح موقوف على اذنها فان اذنت فيه مضى وان ردته بطل ويرجع
ايضا الى النكاح الموقوف واختلفت طرق الشيوخ في النقل لهذا الفرع
فمنهم من يحكي الاتفاق على ان الوكيل على هذا الوجه لا يعقد النكاح من نفسه
ومنهم من يذكر فيه قولا لغيره وينسبه لابن القصار وهذه الطريق اقرب
لان ناقل هذا القول ثقة وقد حفظ ما لم يحفظ غيره وايضا فهذا الخلاف
معلوم في البيع وليس المقصود من ذكر الخلاف الذي في البيع تخريج النكاح
عليه فان ذلك لا تسليم لصحة الطريق الاخر بل المقصود ان نقل هذا القول في
النكاح لا تدفعه الاصول حتى ينسب ناقله الى الوهم فان قلت النكاح
مفارق للبيع فان النكاح يحتاج فيه الى ان يكون الموجب غير القابل بخلاف
البيع فلذلك لا يزوجها الوكيل من نفسه وفي البيع يجوز ان يبيع الوكيل ويشتري

من نفسه

من نفسه قلت لا نسلم ان النكاح يحتاج فيه الى ذلك وهي مسلة خلاف
سياتي بعد هذا ان شا الله تعالى وانظر تعقيبه في التهذيب المدونة اثر هذه
المسلة قوله وان لم يكن لها ولي فزوجها القاضي من نفسه او من ابنه
برضاها جاز ذلك المسلة الى اخرها على انه ذكر هذه المسلة في المدونة في
موضع اخر وفي قول المولف ولم تعين الزوج دلالة من حيث المفهوم على انه لو
عينته لجاز للوكيل ان يعقد معه النكاح من غير استيذان وهذا عليه
الحكم وهو متفق عليه على ما حكاه بعضهم والله تعالى اعلم وقوله
وجبر على الولي تزويج البالغ الى اخره يعني ان الولاية لما كانت شرطا في النكاح
ولم يكن للمراة ان تعقد على نفسها بقي مضطرة الى ان يزوجها وليها فاذا
دعت الى كفو لها وخطبها ذلك الكفو فلو لم يجبر على الولي تزويجها لكان
ذلك غاية الضرر بها وقال تعالى وانكحوا الايامى منكم فان امتنع الولي
سقط حقه والقياس انها ترجع الى اقرب الاوليا اليها بعده ويحتمل ان
يكون هذا مراد المولف بقوله فان امتنع زوجها الحاكم اي اذا لم يكن لها
ولي غير هذا الممتنع او يكون مراده من الولي في قوله وجبر على الولي
الجنس ويصير المعنى فان امتنع جميع اوليائها او يكون مراد المولف
انه اذا امتنع الولي الاقرب رجع النظر الى الحاكم ولو كان لها ولي ابعد منه
كالمشهور فيما اذا غاب الولي الاقرب وحضر الابعد وفي هذا الاحتمال الثاني
نظر وفي صحيح البخاري عن الحسن فلا تعضلوهن قال حدثني معقل بن يسار انها
نزلت فيه قال زوجت اختا لي من رجل فطلقها حتى انقضت عدتها جا يخطبها
فقلت له زوجتك وفرشتك واكرمتك فطلقتها ثم جيت تخطبها
لا والله لا تعود اليك ابدا وكان رجلا لا باس به وكانت المراة تريد ان
ترجع اليه فانزل الله عز وجل هذه الاية فلا تعضلوهن فقلت الان افعل
يا رسول الله قال فزوجها اياه وقال الاصمعي عضل الرجل ايمه اذا منعها من
التزوج يعضل ويعضل عضلا وقوله وعضل الاب في البكر الى اخره يريد
ان منع الاوليا غير الاب من سائر الاوليا من اول خاطب او خاطبين ضرر لا يقر عليه

ولذلك الاب في الثيب واما البكر ذات الاب فلا يتهم في حقها برد خاطب
او خاطبين لما جبل عليه من الحنان والشفقة ولجهلها بمصالح نفسها فربما علم
منها ما لا تخبر به حالها مع هذا الخاطب او علم من الخاطب ذلك وان كان ظاهر
الحال من كل واحد منهما خلاف ذلك فاذا تكرر رده للخطاب او كثر ذلك
وتبين صار قرينة موجبة لتهمته في حقها فيلحق بسائر الاولياء ويكون حكمه
حكمهم وهذا لا يرد كلام المولف عليه الا باعتبار مفهوم المخالفة المستفاد
من العدد الغاية وهي في المدونة منصوص عليه قال فيها ولا يكون الاب عاضلا
لابنته البكر البالغ في رده اول خاطب او خاطبين حتى يتبين ضرره فاذا
تبين قال له الامام اما ان تزوج والا زوجناها عليك لان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا ضرر ولا ضرار فان قلت نقص المولف خلاف ابن حبيب قال للاب
منع البكر وعضلها وليس للسلطان ان يتسور عليه في ابنته وان طلبت
ذلك الابنة وقد منع مالك بناته من النكاح وقد رغب فيهن خيار الرجال
وفعله اهل العلم قبله وبعده قلت كلام ابن حبيب ليس نصا في
مخالفته المدونة وان كان ذهب الاكثرون الى انه خلاف لان ملخصا
في المدونة قال فاذا تبين ضرره فشرط في نظر الامام تبين الضرر ولذلك
احتج عليه بالحديث وظاهر كلام ابن حبيب فيمن لم يعلم حاله هل قصد
الضرر او لم يقصده وهو المناسب لما حكاه عن مالك وغيره من اهل العلم
مع بناتهم اذ لا شك انهم لم يقصدوا الى الضرر فضلا عن ان يتبين ذلك
منهم ولاجل ذلك قال بعض الشيوخ ان كان الاب من اهل العلم جاز وان لم يجر
سبيل الجبران فان لم يوجد عذر زوجت وذكر بعضهم خلافا في الثيب
هل يكون الاب عاضلا في رده اول خاطب وينبغي ان يعمل في حقها
ما ذكر بعض الشيوخ في البكر والله تعالى اعلم **وقوله** واذا كان
الاولياء في درجة فان بادر احدهم صح يعني لان كل واحد منهم مستحق الولاية
مستقلا بها فمن بادر منهم الى الانكاح متى فعله ولا اشكال في ذلك
وانما النظر هل يجوز الاقدام على هذا من غير مطالعة بقيتهم ولم يتعرض

المولف

المولف الى ذلك وينبغي ان لا يقدم على ذلك الا بعد علمه بما عند الباقين لان لكل واحد منهم
مثل ما لهذا ومراد المولف من كونهم في درجة استواؤهم في القرب من المراة
اي كلهم اخوة او اعمام مثلا **وقوله** فان تنازعوا فافضلهم ثم اسنهم يعني
فان اتفقوا على التزويج واختلفوا فيمن يليه منهم فانه يتعين الافضل ان اختلفوا في
الفضل فان تساووا فيه رجح بالسن فيقدم الاكبر سنا وهذا هو قول عبد الملك
ووجهه ظاهر وراى بعض الشيوخ ان المراة تخير فيمن يتقدم للعقد وقال بعضهم
بنظر السلطان وحملوا عليه المدونة وفي حمله هذا نظر وقال بعضهم لو قيل في ذلك
جميعهم من غير مراعاة الفضل لكان حسنا **وقوله** فان تساووا عقدوا جميعا
هذا ايضا كلام عبد الملك ومن يرى من الشيوخ في المسئلة السابقة ان المراة تخير
فيمن يعقد نكاحها منهم يراه هنا احرى **وقوله** فان اختلفوا فزوى
ابن القسم بنظر السلطان يعني فان اختلفوا في تزويجها من هذا الرجل فقال بعضهم
نزوجها منه وابى ذلك بعضهم فالمنازعة السابقة في تعيين من يلي العقد بعد
اتفاقهم على انكاحها من ذلك الرجل والاختلاف هنا في انكاحها منه لا فيمن
يتولى ذلك وهو فهم حسن من المولف للمدونة في المسئلة التي قال فيها واذا اختلف الاولياء
وهم في القعدد سوا وان كان بعضهم لهم نظر بها على الخلاف في ذلك ولسحنون وغيره
فيها كلام تركناه لان المدونة اسرية من هذا الكتاب والله تعالى اعلم **وقوله**
وفيها واذا اذنت لوليين فالعقد ل... فلت حرف عادة المولف رحمه الله تعالى انه لا ينسب
المسئلة للمدونة الا اذا كان فيها مخالفة المشهور او وجه لقول حكاه او يكون فيها
احتمال للخمي ابي حكاه وما اشبه ذلك من الفوايد وهذه المسئلة مشهورة في
المذهب والخلاف فيها معلوم فلاي شي نسبها الى المدونة مع ان كثيرا من المسايل
السابقة عليها في باب المدونة ولم ينسبها ولا شيا منها الى المدونة قلت لعل
السبب الذي لاجله نسبها للمدونة انها من مشكلات المسايل تصورا وتصديقا
وشراح المدونة اعتنوا بها واكثروا الكلام عليها فارشد المولف الناظر في
كتابه الى الاستعانة على فهمها بالنظر في شروحات المدونة اما وجه
اشكالها من جهة التصور فان منهم من يرى ان فرضها متعذر على المشهور

يلي عقده

لان هذه المرأة قد فوضت الى وليها في رجلين غير معينين كما هو ظاهر كلامه
وقد علمت ان اشهر القولين في ذلك انه لا يعقد عليها النكاح حتى تخبرها بمن
خطبها وبعينه لها فاذا فعل ذلك تعين الاول عند ها قبل دخول الثاني فلا تفوت
عند الثاني بالدخول فلا حاجة الى ما يعتذر به لا يبح فرضها الا على القول بانه لا يلزم
الولي اذا فوضت اليه ان يعين لها من خطبها قبل العقد او تكون قد عينت لكل
واحد من الوليين الرجل الذي يزوجها منه واكثر الشيوخ على انه لا فرق في تصور
المسئلة بين تفويضها للوليين ان يكون في كلمة واحدة او تكون فوضت لاحدهما
بعد الاخر وقال الباجي ان فوضت لاحدهما بعد الاخر فالنكاح للاول ويفسخ نكاح
الثاني ولو دخل واما وجه اشكالها من حيث تصديقها فلانهم في المشهور جعلوا
بها للثاني اذا دخل ولم يعلم بعقد الاول وعدم العلم لا ينفي كونها محصنة اي
ذات زوج فتدخل في عموم قوله تعالى والمحصنات من النساء وايضا فخواص
الزوجية موجودة بين زوجها الاول وبينها قبل عقد الثاني عليها الا ترى انهما
يتوارثان لو لم يعقد الثاني وتحرم عليه الخامسة ان كانت عنده اربعة وامها
ولا يتزوج عليها اختها ولا ابنة اخيها او اختها ويلحق به الولد ان اتت به لشروطه
الى غير ذلك من خواص الزوجية وما حكاه المؤلف وغيره من قضاء عمر ومعاوية
رضي الله تعالى عنهما وحكاه بعضهم عن علي رضي الله تعالى عنه لا يوجب كون
المسئلة مختلفا بها لان عدم الانكار اعم من ثبوت الاجماع ومذهب ابن عبد الحكم
هو مذهب المغيرة وهو اختيار ابي لبابة ومذهب الاكثر من خارج المذهب وقال
ابن عبد الحكم ان كان العاقد الثاني هو الاب صح والا لم يصح واورد على المشهور ان
من وكل رجلين يزوجه كل واحد منهما امرأة وله ثلاث نسوة فزوجه
كل واحد منهما امرأة فقد قالوا ان نكاح الاول منهما هو الصحيح ويفسخ نكاح الثانية
ولا يفوت بالدخول وهو مناقض لمسئلة الوليين وفرق بان الحاجة داعية
للمرأة الى التوكيل لانها لا تستقل بعقد النكاح فناسب ان لا يفسخ نكاحها
الثاني بعد فواته بالدخول بخلاف الرجل فانه لا ضرورة له في التوكيل لقدرته
على مباشرة النكاح واجيب بانه لو صح لاطرد ويلزم ان لا يعذر مالك السلعة

اذا وكل



اذا وكل على بيعها ثم تولى هو بيعها فان المشهور امضاء البيع الثاني اذا اتصل بالقبض
وقوله اما لو دخل بعد علمه لم ينفعه الدخول يعني ان شرط كون الثاني
اولى ان يدخل وهو غير عالم بعقد الاول لتقوى شبهة الثاني ولان الفوات
معلل بمجموع دخول الثاني وعقده وما كان علم الثاني بعقد الاول مانعا من عقد
الثاني فكذلك يكون مانعا من دخوله وهذا اذا قامت البينة الان انه
كان عالما عند دخوله بعقد الاول واما ان لم يعلم ذلك الا الان من قوله
ولم تقم على علمه بينة فانه يفسخ نكاحه بطلقة بائنة لاحتمال كذبه في
دعواه العلم حال دخوله وكان لها الصداق كاملا وقال عبد الملك
يفسخ بغير طلاق وفيه نظر وانظر هل ترد الزوجة على قوله الاول قال
ابن المواز ولو دخل الثاني فاقر الولي انه كان عالما بتزويج الاول حين ما عقد
هو مع الثاني لم يقبل اقراره الا ان تقوم بينة انه كان اقر عندهم قبل تزويجه
بعلمه فيفسخ حينئذ نكاح الثاني بغير طلاق وقوله وكانت للاول
وان كان مطلقا بعده او ميتا قبله بعده او قبله ولم تنقض العدة هكذا وقع
كلام المؤلف في بعض النسخ ووقع في بعضها بعد قوله العدة زيادة فلذلك فاما
على الوجه الاول فالمعنى ان الثاني اذا دخل بعد علمه بالاول لم يكن دخوله معينا
النكاح وكانت الزوجة للاول ولو كان الاول قد طلق بعد دخول الثاني
وكذلك لو كان الاول مات بعد دخول الثاني او قبل دخوله ولم تنقض العدة
فان علم الثاني بعقد الاول مانع من صحة نكاحه في جميع هذه الوجوه
ولو لم يكن عالما لصح نكاحه فيها فان من قول المؤلف وان كان مطلقا
على هذا الوجه هي التي بمعنى لو ونصب الفعل بعدها ماضيا لفظا ومعنى
والضمير المخفوض بالظرف في قوله مطلقا بعده و في قوله ميتا قبله راجع
الى الدخول في قوله لم ينفعه الدخول واما على الوجه الثاني الواقع في بعض
النسخ بزيادة فلذلك فالمعنى بين وان شرطية وجوابها قوله فلذلك
وتصير التقدير وان كان الزوج الاول مطلقا بعد دخول الثاني او كان الاول
ايضا ميتا بعد دخول الثاني او قبل دخول الثاني ولم تنقض عدتها من الاول حتى

بعده او م

دخل الثاني فان نكاح الثاني صحيح ولا يكون على هذا الوجه ارتباط بين قول المولف
وكانت للاول وبين قوله وان كان مطلقا بعد بل ينتهي كلامه على الثاني
اذا دخل عالما عند قوله وكانت للاول ثم انه استانف مسلة اخرى وهي ما اذا كان
الاول مطلقا او ميتا عند دخول الثاني ونكاح الثاني على الوجه الاول فاسد في جميع
هذه الصور وموجب فساده دخوله عالما بعقد الاول وهو يدل بطريق المفهوم
انه لو لم يكن عالما لصح نكاحه في تلك الصور واما على الوجه الثاني فنكاح
الزوج الثاني صحيح في تلك الصور لان موجب الفساد وهو العلم حال دخوله بعقد
الاول غير حاصل والتشبيه الواقع في جواب الشرط وهو قول المولف فله الى فكالتي
تقدم اول المسلة انها للثاني فان قلت المشبه به اذا كان مذكورا في اول
الفصل والمشبه واقع ها هنا وقد وقع بينهما كلام كثير فيكون حمل كلام المولف
على هذا المعنى بعيدا ويصير المولف ان اراده ملغزا والالغاز في الكلام خارج عن
منهج العلماء وسبيلهم من قصد الاختصار منهم ومن لم يقصده قلت لا نسلم ان الواقع
بين المشبه والمشبه به كلام طويل على الوجه الذي ذكرته الا ترى انه لم يتقدم
غير تصوير المسلة والحجة للمشهور ولم يقع الفصل الا بقول المولف اما لو دخل بعد
علمه الى اخره وهذا كالاستثنا والمشبه به انما هو المستثنى منه والفصل واقع
بالمستثنى خاصة ولا طول فيه وهذا الوجه اليق بمراد المولف والله تعالى اعلم
لان فيه حمل كلام المولف على التنصيص على مسلة مشهورة تكلم عليها ابن المواز
رحمه الله تعالى واعتنى بها اهل الشيوخ الكلام فيها واما على الوجه الاول
فانما يكون المولف اشار اليها خاصة ولم يعتن بها كل الاعتنا وبقي في المسلة شي
على الوجه الثاني وهو ان غير واحد من الشيوخ انكروا صحة نكاح الثاني اذا دخل
بعد موت الاول وقبل انقضاء عدته وراوا ان مجرد عقد نكاح الثاني دون
الدخول لا عبرة به وانما المصحح لعقد نكاحه دخوله فاذا كان دخوله في
عدة الاول فقد وقع العقد في غير محل والدخول في غير محل ايضا قال بعضهم منكرا
على ابن المواز في جعل الدخول بعد الموت اذا وقع العقد قبل الموت كالدخول قبل الموت
ولا يستويان في القياس وهو يقول في المفقود ان العقد اذا وقع في الحياة والدخول



عنه

بعد الموت في العدة انه متزوج في العدة وان النكاح يفسخ وكان ينبغي هاهنا كذلك
وقوله فان اتحد زمان العقدين وجهل الاول كلام المولف ان المراد يعني
ان كل ما تقدم انما هو اذا تعدد زمان عقدي النكاح وعلم الاول بعد دخول الثاني
او قبله ولو اتحد زمان العقدين حتى لا يكون احد الزوجين هو الاول او تعدد
الزمان ولكن جهل الاول من الزمانين مع الجهل بالاول من الزوجين فلا شك
على المشهور انه لم يدخل من الزوجين احد ولظهور الحكم في هذا الوجه سكت
عنه المولف ولو لم يقع دخول ففيه ثلثة اقوال المشهور انه يفسخ النكاحان
بطلاق وهو ظاهر اذا كان العقدان في زمانين لان احد العقدين لا بعينه
صحيح ولا يتاتى حله الا بالطلاق فيطلق عن كل واحد منهما والقول الثاني لسحنون
ولم يذكره المولف انه يفسخ النكاحان بغير طلاق وهو ظاهر اذا اتحد زمن
العقدين لاستحالة الشركة في الزوجة شرعا ووجوب استقلال الزوج
بزوجته فوجود العقدين معا يوجب رفعهما معا والقول الثالث قول ابن المواز
واختاره بعض الشيوخ وهو الذي ذكره المولف انها تباح للازواج ولا فرق بين
من عقد عليها الان ولا بين من لم يتقدم له عليها عقد فان تزوجها غير هذين
الزوجين وقع على كل واحد منهما طلقة لما تقدم في توجيه المشهور وان تزوجها
احد الزوجين المتقدمين وقع الطلاق على التي لم يتزوجها الان وكانت عنده
متزوجها الان على تلك التطليقات لانه ان كان هو الاول في نفس الامر
فلم تزل في عصمته وان لم يكن هو الاول فلم يتقدم بينهما نكاح حتى يقع فيه
طلاق الا ان هذا فيه ملاحظة لقول سحنون وقد تقدم وجهه وقوله
وان ماتت والازواج مجهول ففي الارث قولان يريد بالازواج من يقع له نكاحها
لو علم به وهو اما الاول مطلقا عند ابن عبد الحكم واما الاول قبل الدخول
والثاني بعد الدخول في المشهور فان جهل تعيينه وقد ماتت المراة فاكثر
المتاخرين على سقوط الميراث وراى بعضهم ان القياس دفعه للزوجين لان
النزاع في تعيين مستحقه لا في اصل وجوبه وقوله فان ثبت الارث
ثبت الصداق يعني ان الارث في هذه المسلة من خواص الزوجية ولو انهما

فحيث وجد فبقية اللوازم كذلك ومنها الصداق لان الموت لا يسقطه بل
يكمله على ما سياتي ان شا الله تعالى ولم يصرح المولف هل الواجب حينيذ مجموع
كل واحد من الصداقين فلا يستحق احد الزوجين شيا من الميراث الا بعد دفعه
جميع الصداق لانه تقرر بوجوبه عليه لبقية الورثة وهم لا ينازعون احدا منهما
في الميراث وانما النزاع في ذلك بين الزوجين خاصة او لا يكون الواجب على كل
واحد من الزوجين الا نصف صداقه لما تقدمت الاشارة اليه الان من التلازم
وايضا فلو دفع كل واحد من الزوجين صداقا لبقية الورثة لاخذ كل واحد
من الورثة ضعف ما يستحقه من الصداق وهو باطل بهذا كله مما ينظر فيه
وهو قابل لاكثر من هذا الكلام لا استدعائه مسايل في المذهب
منعا وصحة ومع ذلك فالاحتمال الاول اظهر والله تعالى اعلم ويقتضي كلام
المولف من جهة دليل الخطاب انه حيث يسقط الارث يسقط الصداق
سوا كانا متساويين او احدهما اكثر وراى بعضهم ان الصداق اذا كان
اكثر وجب دفع الزايد لبقية الورثه والكلام فيه شبيه بما اشرنا اليه
الان **وقوله** ولو ماتت الزوجان فلا ارث ولا صداق يعني لان سببهما
وهي الزوجية لم تثبت فلا يثبت واحد منهما وهو بين اذا لم يدع احد الزوجين
انه الاحق واما ان مات احدهما مدعيا لذلك وصدقته في دعواه فقال
بعضهم لها اخذ الصداق ويختلف في الميراث يعني والله تعالى اعلم لان الصداق
من جنس الديون وهي متعلقة بالذمم وتثبت بالاقرار واما الميراث
فاختلف المذهب هل يثبت بالاقرار ام لا على ان مثل هذه الصورة يبعد
وجود الخلاف فيها وانما الخلاف في اقرار من لم يعلم له وارث والله تعالى اعلم
**وقوله** ولو شهدت بينتان الى اخره يعني انه لو شهدت بينتان لكل واحد
منهما بينة عادلة انه الاحق تساقطتا وكان الزوجان كمن لا بينة
لهما سوا كانت البينتان متساويتين في العدالة او احداهما ارجح وقال
سحنون تقضي بالارجح كالبيع ووافقه على ذلك ابو اسحق البرقي وحكى
بعضهم قولا ثالثا انه لا ينظر الى الاعدلية في البيع والنكاح والظاهر قول

سحنون

سحنون لان مزيد العدالة موجب للترجيح سوا كان ذلك في البيع او في
غيره كالدما والعتق والكلام على هذا الموضع هو اليق بهذا الموضع
**وقوله** ولا عبرة بتصديق المراة يعني انه لا يلتفت الى قولها في تصديق
من صدقت منهما وكذلك لو صدقتهما وزعمت ان احدهما بعينه هو الاول
لان البينة اذا اسقطت صارا كمن تقارا على عقد نكاح بينهما من غير
اشهاد الا ان يستانفا الان عقدا ويشهدا عليه وقيل يقبل قولها وعن
اشهب تصدق الا ان تدعي الذي هو ارفع واختاره بعض الشيوخ وعن ابن
المواز مثل ما تقدم له اذا اتحد زمان العقدين او جهل **وقوله** واذا غاب الاقرب
غيبة بعيدة الى اخره هذه المسالة فرضها المولف في الولي الاقرب سوا كان
ابا او غيره ثم استدرك في حق الاب الكلام على مقدار الغيبة وعلى قطع
النفقة واستداامتها على ما نقوله الان ان شا الله تعالى وهي في المدونة
وغيرها مفروضة في الاب اذا غاب عن ابنته البكر غيبة انقطاع
ومراد المولف بالغيبة البعيدة ما تتعذر الاعذار معها اما بمجرد البعد
كما هو ظاهر كلامه او افتراق العمال او شدة الخوف وان كان ما بين
الموضعين قريبا وعند ذلك اختلف هل يكون الاقرب حينيذ كالمعدوم او لا
فمن راه كذلك جعل التزويج لمن يليه في القرب ومن لم يره كذلك يرى له حكما على
غايب والامام وكيل الغايب فلا يزوجها الا الامام واما قول المولف ما لم يعتبر
في غيبة ابي البكر مثل افريقية لغير تجارة فقال بعض من شرح مسايل المدونة
يريد افريقية من مصر وفيه نظر لان المسالة في المدونة من كلام مالك من
رواية ابن القسم عنه فيحتمل ان يريد مالك مثل افريقية من المدينة ومراد
المولف بقوله لغير تجارة ما قاله في المدونة غيبة انقطاع لكن فيه تسامح
لان غير التجارة اعم من الانقطاع ومثل ما ذكره في المدونة نص عليه ابن المواز
والقاضي عبد الوهاب ومراد المولف بقوله وقيل ما تتعذر به الاذن انه قول في
مسالة ابي البكر يكفي فيها من البعد مثل ما تقدم في مسالة غيبة الولي الاقرب
اذا لم يكن ابا **وقوله** وقيل ان قطع عنها النفقة يعني انه لا يكفي في

تزويج ذات الاب غيبة الانقطاع وحدها حتى يضم الى ذلك انقطاع نفقته عنها ويقوى الضرر بسبب
مجموع ذلك لحصيد التزويج وهو قول ابن وهب وقال بعضهم لا خلاف انها تزوج اذا انقطع النفقة عنها وزاد
مع ذلك وخشي الضيعة عليها **وقوله** وقيل لا تزوج حتى يتوابي لا تزوج وان حصلت هذه الاوجه
كلها ونسبه بعضهم لعبد الملك وهو بعيد لان هذه الغيبة ان لم تصير في حقها كالعدم زوجها الامام
كما يحكم على الغائب بما هو اشد من هذا وان صيرته كالعدم زوجها غيره من الاولياء **وقوله**
اما لو انقطع خبره فالولي يزوجها وقيل بعد اربع سنين من يوم فقد يعني ان انقطاع خبره يصير في حقها كالعدم
لشدة ما ينالها من الضرر وليست كمن علم مكانه لانه لم يعلم له حياة معلوم المكان فالامر فيه اسهل لانه لم يعلم ما
عنده لتخفف منه في هذا والقول الثاني انتظارها اربع سنين من يوم فقد منسوب لعبد الملك وهو بعيد واراد الحاق
هذه الصورة بمسألة فقدان الزوج ولم يعط حكمها من كل الوجوه لان ضرب اربع سنين هناك انما هو من يوم
الرفع الى الحاكم وكشف الامام عن حاله لا من يوم مغيبه وقال بعض الشيوخ الامام ان يزوج ابنة الاسير بالعدل والمفقود
وان كانت في نفقته وامنت عليها الضيعة **وقوله** واذا انكح لا بعد مع وجود المجبر لم يجز ولو اجازه الاب
يعني اذا زوج احد الاولياء مع وجود الاب في البكر والسيد في امته وهذا الاب والسيد هما مراده بالمجبر والمتولي له
لما الوجه الذي جعل له اجبار البكر على النكاح لانه كالاب فذلك لم يجز النكاح وفسخ ولو اجازه الاب لم يجز لاختلال
احد اركان العقد الان ثبات الاجبار وعدمه بالنسبة الى الولي انما سببه ان يكون ان اراد شدة الشفقة والحنان
ورعي هذا وامثاله انما هو لحفظ حقوق الادميين وحقوق الله تعالى وان تعلق بالنكاح فانما يكون في مطلق الولي
او مطلق ولي النسب لا في خصوصية المجبر فاذا زوج غير المجبر حصل حق الله تعالى وبقي حق الادمي فان امضاه مضى
والاصح ولكن لا اعلم الان قائلا به في المذهب وقوله لا مع ابنته البكر والنظر على المعنى الذي قلناه وعلى ما
على قصد اليه المذهب لا يدخل شيء من الخلاف المذكور في النكاح الموقوف **وقوله** ومثله السيد
الاصح يعني ان المجبر الذي تكلم عليه الان هو من عني السيد في امته ويعلم ذلك من قبله لا بد السيد فاما السيد
في امته ففيه قولان اصحهما ان حكمه حكم الاب في ابنته البكر لاشتراكهما في علة الاجبار وقيل ان عقد غير السيد
اذا اعقد على الامة ثم اجاز السيد مضى والفرق على هذا القول بين الحرة والامة ان الغالب من حال الامة صلاحية
كل احد لها وانه كفؤ لها فلم يلحق الحاق عيب النكاح بها وذلك من حق السيد فاذا رضيه لزم ومضى النكاح
**وقوله** ولو كان شريكا يعني ان غير السيد اذا زوج الامة فلا فرق في فسخ نكاحها على الاصح بين
ان يكون مزوجها لا ملك له فيها او له شرك فيها وتفسخ النكاح قبل البناء وبعده وان قال كما لو كان لله در
واحد ولا يشبه البيع لان غير المالك اذا باع بغير اذن ربها ثم اجاز ربها البيع مضى على ظاهر المذهب

بيع الفضو

٥٩

بيع الفضولي ولم يتعرض المؤلف لحكم صداق هذه الامة وقد ذكر الشيوخ **الله** فيه ورأينا ان نذكر منه
شيئا قال بعض الشيوخ ان [illegible] على القول بفسخ يسقط الصداق عن الزوج ان كان لم يدفعه ورد اليه ان كان دفعه
فان كانت الامة قد استهلكته او تجهزت به ولا يساوي قيمة للجبار كان الذي زوجها ضامنا لذلك
ان غر الزوج ولم يعلم انه شريك وان غره علم الامة بعد الدخول لم يجز النكاح وان اجازه الشريك رد على ما تقدم
غير انه ان اجازه لم يكن له الا نصف المسمى واختلف ان لم يجز فذهب مالك في المدونة وابن القاسم فيها وفي
غيرها ان له الاكثر من نصف المسمى او نصف صداق المثل ويرجع الزوج بالزيادة على الشريك الذي زوجها ان كان
غره وذهب اشهب وابن القاسم في رواية عنه انه ليس له الا نصف المسمى ومن اراد من الشريكين في الامة
قسمة المال وان ابا الشريك الذي لم ياذن في النكاح من قسمته واراد ان يكون بينهما فيكون على
الزوج ان يكمل لها صداق مثلها على مذهب المدونة ويكون بينهما فاذا اقتسما رجع على الذي زوجه
منهما بما استحقته نصفه ان لم يكن غره وان كان غره رجع عليه بجميع الزيادة التي غرمها **وقوله**
ونحيه ولو زوج ابن او اخ او جد لم اصل ما ذكره في الولي المجبر حيث هذه المسألة من المدونة لان كلامها نصه لما
اصله الا ان نظيره باوجه بعيدة [illegible] عن مخالفتها لما تقدم على ان ما ذكره في الولي المجبر منصوص عليه في
المدونة وفي غيرها وما ذكره هنا ايضا عن المدونة موجود في كتاب ابن المواز وعند ابن حبيب ومعنى هذه
المسألة ان البكر ذات الاب اذا زوجها اخوها او جدها او عمها بغير اذن ابيها ثم اجاز ابوها ذلك
جاز بشرط ان يكون هذا المزوج فوض اليه ابوها جميع امورها فنص على شرطية التفويض وذكر ابنه من الاولياء
لهم قرابة قريبة وسكت عمن عداهم من الاولياء والاجانب ونص ابن حبيب على ان سائر الاولياء يشاركون
من ذكر في الحكم اذا شاركوهم في تفويض الاب لهم ما فوضه لهولاء ونص غيره من المتاخرين على ان
في المسألة قولا اخر بالحاق الاجانب بهم في الحكم اذا شاركوهم في الوصف المذكور ويحتمل ان يكون
مذهب المدونة مخالفا لقول ابن حبيب وما بعده ويحتمل ان يكون موافقا لابن حبيب خاصة واعترضت
المسألة بان تفويض الاب لمن ذكر اما ان يتضمن توكيلا في النكاح اعني اما ان يدخل تحت التفويض انكاح
الابكار او لا يكون لذلك ولا يدخل تحته فعلى الوجه الاول لا يحتاج الى اجازة الاب للزوم كل
ما فعله وكيله اذا لم يتعد وعلى الوجه الثاني لا يصح ولو اجازه الموكل لما تقدم في المسألة
السابقة ولجيب باختيار القسم الثاني وان تفويضه اليه يصير بمنزلة الابعد مع الاقرب غير المجبر
وفيه نظر وشرط بعضهم في هذه المسألة ان تكون اجازة الاب بالقرب وهذا الشرط مما يقوي هذا
الجواب والله تعالى اعلم بالصواب **وقوله** وتزويج السلطان معه كالابعد مع الاقرب لا كالمساوي على الاشهر

كذا بخط المؤلف ينظر في صحة النقل في هذه المسألة

يريد والله تعالى اعلم ان السلطان اذا زوج البكر مع وجود وليها المجبر ففي امضا هذا النكاح ورده من
الخلاف ما يذكر بعد هذا اذا زوج الولي الابعد مع وجود الولي الاقعد ولا يكون كما اذا زوجها
الولي مع وجود مساويه في القرب اليها كالاخ يزوج ومن اخ لها او عم مع وجود عم لها وقيل انه
مثله اي ان السلطان يتنزل مع الولي المجبر منزلة احد الاخوين بالنسبة الى الاخر ثم وقد تقدم ان الولي
المجبر بحسب استقرا مسايل المذهب هو اما الاب في ابنته البكر والسيد في امته والوصي
يجوز انه على بعض التاويل ايضا او ولي المعتق غير الاب والوصي اذا خشي عليه الضيعة على
بعض التاويل ايضا وليس السلطان مع واحد من الاوليا او الوصي المذكورين في هذه المسايل خلاف تصور
هذه المسلة وانا اتوقف في صحة نقلها ونسبتها الى المذهب ولقد شاركت في هذا بعض من يظن
به حفظ مسايل المذهب فلم يحك نصا ولا نقلا ما رايته **وقوله** وان لم يكن مجبرا الاقرب
يعني اذا نكح الولي الابعد مع وجود الاقرب الذي ليس بمجبر وهذه المسلة هي التي يترجم عليها المتاخرون
بتزويج الابعد مع وجود الاقعد وذكر المولف فيها اربعة اقوال الاول انه يمضي بالعقد بنا على ان
تقدمة الاقعد على الابعد من باب الاولى خاصة والاولى اذا تركها لا يوجب فسادا الثاني ينظر
السلطان في الاحسن لهذه المراة ما هو هل الفسخ او الامضا وهذا والذي قبله ذكرهما عن المدونة
وظاهر هذا القول الثاني فيما قال بعض الشيوخ ان الحق للادمي ولو كان حقا لله تعالى لفسخ من غير نظر
ويحتمل ان يريد بنظر السلطان ما هو اعم من هذا لان هذه المسلة كثر الاضطراب فيها هل الحق لله تعالى
او للادمي وبتقدير ان يكون للادمي فهل الاقرب على الابعد من باب الاولى او من باب الوجوب واذا كان
من باب الاولى فهل الارشد لهذه المراة تزويج هذا الزوج اولا الى غيره الى من وجوه الاختلافات
فينظر السلطان في تعيين الحق عنده من هذا كله ليرفع النزاع عنها ونص بعض الشيوخ انما ينظر
السلطان اذا ادعى الاقرب انها زوجت من غير كفو ولو اتفق الاقرب والابعد على انه كفو
وقد رضيته المراة لم ينظر السلطان وقد بينا ان نظر السلطان فيما هو اعم من هذا او القول الثالث له الرد
ما لم يبن بها وهو قول ابن الماجشون ونسب الى الشذوذ لانه ان لم يكن ثم فساد فلا فسخ البتة
وان كان ثم فساد في العقد فذلك موجب للفسخ وان دخل والقول الرابع له الرد ما لم يبن بها ويطل الامر
وهذا يقتضي انه حق لله تعالى فيفسخ ما لم تقع الفوات البين وذهب بعضهم الى ان الذي تعطيه
المدونة هو اجازة الاذن لها عليه ابتدا وقول اخر بالكراهة وهذا الثاني داخل فيما ذكره المولف
وخرج قولين اخرين لم ار ذكرهما لضعف تخريجه والله تعالى اعلم وذكر بعضهم قولا لم

ان كان



ان كان الابعد كالاخ للاب مع الاخ الشقيق مضى وان كان كابن عم مع اخ رد وقد اخذ هذا من
المدونة وفي هذه المسلة من الاضطراب اكثر من هذا والاظهر والله تعالى اعلم ان الاقرب
مقدم على الابعد وان ذلك من باب الاولى الا ان يظهر خلل في فعل الابعد فيفسخ او ينظر
السلطان وما قاله اللخمي له وجه في النظر **وقوله** وفيها لو اعتق امة ثم انكحها من نفسه
لاذنها جاز وان كره ولدها هذه المسلة من تمام الذي قبلها وهي محتملة لجواز الاقدام على
انكاح الابعد مع وجود الاقعد لان الابن على المذهب المشهور اولى بعقد النكاح امه
من ابيها وابوها اولى من معتقها بل كل ولي من اوليا النسب مقدم على ولي العتاقة فتقديم
الابن على المعتق احرى وهي ايضا محتملة للجواز بمعنى المضي اذا وقع لا على جواز الفعل ابتدا ويكون
معنى قوله جاز وان كره ولدها مضى فان حمل هذا الاحتمال اتى به المولف في هذا الموضع والله تعالى
اعلم ثم لقايل ان يقول انما خفف الامر في هذه المسلة ولا سيما ان قلنا ان معناها جواز تزويج المعتق
مع وجود الولد ابتدا لان هذه المراة من نوع الدنيات التي في الغالب كل واحد كفو لها
فسيدها معتقها من اولى الاكفا لها واعلم ان هذه المسلة وقعت في النسخ التي رايتها
من هذا الكتاب وان كره وليها عوضا عن ولدها وانما هي بلفظ ولدها لانها كذلك في
المدونة وهو الصواب اذا تاملته **وقوله** واذا انكح الاجنبي مع وجود المجبر فذلك
الاشارة بقوله فذلك للحكم المذكور في اول مسلة من هذا الفصل وهو قوله واذا انكح الابعد
مع وجود المجبر لم يجز وان اجاز الاب وهذه المسلة اعني مسلة انكاح الاجنبي مع وجود
مجبر مستغنى عن ذكرها لانه من المعلوم قطعا ان الولي الابعد اذا لم يجز انكاحه مع
وجود المجبر فان لا يجوز انكاح الاجنبي اولى **وقوله** ولا تمكين لاحد الوليين على
الاخر في العقد اعلم ان قوله الوليين يحتمل ان يريد به اي وليين اتفق سوا كانا وليي
نسب او وليي عتاقة وهو اقرب الى اللفظ ويحتمل ان يريد به وليي العتاقة خاصة
وهو بعيد من لفظه ولعلمنا ان التقييد والخصوص على خلاف الاصل لكن الاحتمال الثاني ارجح
من حيث الدليل المنفصل لوجهين احدهما ان حمله على الاحتمال الاول تحصيل للحاصل لان المولف
قد قال ان تزويج المعتق مع وجود الولد جايز او ماض مانع من كلام الولد فاذا لم يكن لولي
النسب مع ولي العتاقة تمكين فاحرى ان لا يكون لولي النسب مع ولي النسب تمكين
الوجه الثاني ان الظاهر من حال المولف في هذا الباب وقبله انما اختصر مسايل المدونة وهذه

المسئلة مفروضة في المدونة هكذا واذا اعتق الامة رجلان فكلاهما وليها فان انكحها
احدهما باذن الاخر جاز ذلك على الاخر وان لم يرض فيكون مراد المؤلف ولا تسلم لاحد الوليين
المعتقين على الاخر في المعتقة نعم قال غير واحد من الشيوخ ان مجموع المعتقين في هذه الامة
هو الولي لا احدهما بخلاف الاخوين والعمين وغيرهم من اولياء النسب وهو الظاهر والله تعالى اعلم
**وقوله** فان لم تكن مجبرة وهي ذات قدر يعني ان الاجنبي اذا زوج مع وجود الولي
غير المجبر فاما ان تكون المراة ذات قدر او دنية فان كانت ذات قدر فاختلف فيها اختلافا
كثيرا وذكر المؤلف من ذلك روايات اكثرها في المدونة فذكر عن مالك فسخه بالبين
ولكنه لجبالة وتوقف اذا اجازه بالقرب يريد توقف في اجازته اذا اجازه الولي او يحتمل
توقف في فسخه اذا اجازه الولي وقال ابن القسم له اجازته ورده ما لم يبن وتصوره ظاهر وقال ايضا
يريد ابن القسم له اجازته بالقرب والا رد ما لم يطل يعني له الرد ما لم يدخل ولذلك لم يرده بعد الدخول
ما لم يطل بعده والحاصل له الرد في كل حال الا باجتماع امرين الدخول والطول والقولان اللذان ذكرهما
المؤلف بعد هذا القول ظاهر التصور وفي هذه المسئلة من الاقاويل
للشيوخ في فهم كلام ابن القسم اضطراب كثير اضربنا عنه خشية السامة **وقوله**
وفيها ان دخلا عوقبت المراة والزوج والمنكح والشهود ان علموا اذا ذكر المؤلف هذه الرواية
كان ما عنده اشد ما حد به المسئلة لاجل العقوبة التي ذكر اذا دخل بها الزوج قال بعض الشيوخ
اذا كان الشهود والزوجان والولي ممن يرى اجازة ذلك لكونهم مجتهدين او مقلدين لمن يرى ذلك
فلا عقوبة عليهم وهو صحيح **وقوله** فان كانت دنية فقد امام هو اخف ظاهره
انه قسم مقابل لما قدم قبله وان ذات الولي غير المجبر اذا زوجها اجنبي وهي دنية فالامر فيها
اخف عند مالك والمسئلة في المدونة مفروضة اذا لم يكن لها ولي قال فيها واذا وكلت
المراة الدنية مثل المعتقة والمسلمة والسوداء والمسكينة اجنبيا فزوجها وهي ببلد
لا سلطان فيه او فيه سلطان يعسر عليها تناوله ولا ولي لها جاز ذلك ولذلك ان وكلت
من اسلمت على يديه وذلك فيمن اسف منه في ذوات القدر واما ان اسلم على يديه
ابوها وتقادم ذلك حتى يكون لها من القدر والغنا والاباء في الاسلام وتنافس الناس
فيها فلا يزوجها وهو فيها كالاجنبي فانت ترى قوله ولا ولي لها ظاهره مثل ما نقل عليه
اشهب عن مالك ان الدنية وغيرها سوا لا يزوجها الا ولي او سلطان وقال ابن الماجشون





اذا كان وعنق استندت امرها الى رجل بشبه الكفالة نعم ما حكاه المؤلف
يشبه ما حكاه القاضي عبد الوهاب انه يجوز مع وجود ولي النسب واما ما حكاه
بعض ائمة الشافعية عن مالك انه يجوز للدنية ان تزوج نفسها فغلط لا يشك فيه
**وقوله** وقال في الكفولة المرباة ومن انظر لها منه يعني ان الدنية قد يكون فيها
الاجنبي بمنزلة الولي بل اولى منه اذا كان كافلا لقوله ومن انظر لها منه لان معنى
الكلام لا احد انظر لها منه وهذا الاخذ صحيح ان كان اولياؤها معلومين واما ان لم
يكونوا معلومين فلا يتم للمؤلف ما ذكر لاحتمال ان يقال عدم العلم بالولي كالعلم بعدمه
ولنذكر هذه المسئلة من المدونة مع شيء من زيادات الشيوخ عليها ونصها قيل لمالك
في رجال من الموالي ياخذون صبيانا من الاعراب قد اصابتهم السنة فيكفلونهم
ويربونهم حتى يكبروا وفيهم الجارية فيريد ان يزوجها فقال اذا لا باس ومن
انظر لها منه فزاد على ما اشار اليه المؤلف ان الولي من الموالي وان الصبية من الاعراب
فقد يقال على هذا انها اشد من الدنية وانها تلحق به وان لا تدار ثم اختلف هل يكون
الكافل احق بها من جميع الاولياء سواء كان الاب او لم يكن او انما يكون احق بها من
عدم الاب واختلف ايضا في المراة اذا كفلت جارية هل تقدم على عقد نكاحها كما
تفعل اذا كانت وصيا عليها واختلف في الكافل اذا زوج مكفولته ثم يموت
زوجها او يطلقها هل تعود ولاية الكافل عليها فقيل تعود وقيل لا تعود وقيل
ان كان خيرا عادت الكفالة عادت ولايته والا لم تعد ولينبه ولاية الكافل
هنا ما ذكره في قسمة المدونة ان اللقيط يجوز قسم ملتقطه عليه اذا كان
اللقيط في حجره وقول المؤلف وقيل بعضي مطلقا يعني انه لا يحتاج في تزوج الاجنبي
من لا قدر لها ان تكون كافلا والقول الذي ذكره بعد هذا القول مقابل له وهو
انه لا فرق بين ذات القدر ولا بين غيرها ولا يزوج الجميع الا ولي النسب او السلطان عند
عدمه وهو الاصل وقد قدمناه **وقوله** فان كان الولي غائبا الى اخره قد تقدم
اخر هذه المسئلة وتصورها ظاهر **وقوله** ولا ولاية لرقيق على ابنته ولا غيرها
يعني ان الحرية من شرط استحقاق ولاية النكاح ولا اعلم الان في ذلك خلافا الا ان ظاهر
كلام اصبغ يدل على وجود الخلاف لقوله لا ميراث في النكاح الذي تولى العبد عقدته

وان منع بطلقه لضعف الاختلاف فيه ومراد المولف بالرقيق سوا من كان فيه عقد حرية
او لم يكن فان قلت قد علم ان ولاية الاب على ابنته اقوى ولايات النكاح ومن المعلوم انه
اذا لم يوثر الاقوى فلا تاثير للاضعف فلم قال المولف ولا ولاية لرقيق على ابنته ولا غيرها
وهلا استغنى بنفي الولاية عن البنت عن نفيها عن غيرها لما قلناه قلت لان ولاية
الاب على البنت ولاية اجبار بنفي ولاية مقيدة فلو استغنى بنفي ذلك لتوهم ان ما نفيه
الرق مقصورة على الاجبار غير متعدية الى اصل الولاية لما علمت ان نفي المقيد لا يستلزم
نفي المطلق ولسنا نرتعم ما قلت فعلى هذا كان يكتفي بنفي اصل الولاية فيقول ولا ولاية
لرقيق لان نفي المطلق يستلزم نفي المقيد قلت يصير الكلام حينئذ عاما وهو قابل
للتخصيص هاهنا بان يقال لعله اراد من عدى الاب لقوة ولاية الابوة **وقوله**
ويقبل لنفسه ولموكله باذن سيده وبغير اذنه يعني ان الحرية انما تشترط في ولاية
عقدة النكاح من جهة المراة خاصة ولا تتعدى الى جهة الزوج فانه يصح للعبد ان يتزوج
لان الولاية من جهة الزوج ساقطة فلذلك يقبل العبد النكاح لنفسه ولمن وكله
على ذلك فيما يصح ان يفعله لنفسه اعني انه يصح ان يكون وكيلا للزوج دون الزوجة
وقيل لا يصح ذلك كله ولا للمراة ولا للكافر والمشهور الصحيح في المذهب نحو ما ذكره
المولف واما قول المولف باذن سيده وبغير اذنه فهو قيد في قوله ولموكله يعني ان العبد
يصح ان يكون وكيلا للزوج دون الزوجة سوا اذن في ذلك سيده او لم ياذن
ونصاره اذا لم ياذن ان يكون الموكل متعديا على ما في الفعل العبد كما اذا وكله
على شرا سلعة بغير اذن سيده وذلك خارج عما نحن فيه لان الكلام هنا انما هو
فيما يلحق النكاح بسببه فساد او نقص **وقوله** ولا صبي ولا معتوه معطوف
على قوله لرقيق من قوله ولا ولاية لرقيق وهو ظاهر لان الاحكام الشرعية ولا سيما
احكام التكليف يشترط فيها العقد وهو منتف عن الصبي والمعتوه واعلم ان
المعتوه يتصور فيه ما تصور في الرقيق ان تكون له بنت فيصح نفي الولاية عنها وعن
غيرها واما الصبي فلا **وقوله** وتنتقل الى الابعد يعني في جميع الوجوه الثلاثة
اذا كان الولي رقيقا او صبيا او معتوها فوجوده كالعدم وتكون الولاية حينئذ
لمن هو اقرب الى المراة من اوليائها الموجودين كالاخ او العم مثلا وهو مراد المولف بالابعد

والتحقيق



والتحقيق ان المنع من جهة العبد اقوى منه في جهة الصبي والمعتوه وينبغي ان يلحق الصبي
بالسفيه ويخرج الخلاف من اختلافهم في وصي المحجور هل له ان يعقد النكاح على
من للمحجور عليه ولاية كبناته وغيرهن فعلى هذا لا ينتقل الى الابعد الا اذا لم يكن
للصبي والمعتوه ناظر والله اعلم **وقوله** ولا تزوج امراة نفسها ولا امراة
غيرها اما منعها تزويجها نفسها فلما تقدم من اشتراط الولاية وسوا كانت رشيدة
او سفيهة كبيرة او صغيرة واما تزويجها امراة غيرها فاحرى في المنع لانها اذا
لم تكن لها ولاية لنفسها وكانت معزولة عن ذلك فلان لا يكون لها ذلك في
غيرها اولى ومراده بغيرها اي من النساء دون الرجال لما يعقبه من قوله بل تلي على عبدها
سبيل الذكر وخرج الدارقطني وصححه من حديث ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تزوج المراة المراة ولا تزوج المراة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها وخرج الترمذي
عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة
الا ان الحديث الاول ادل على المقصود واعم فايدة وقول المولف بل تلي على عبدها
وعلى الذكر للموصاة هي عليه هو كما قدمناه ان الولاية انما تشترط في جانب الزوجة
خاصة فلذلك لا يصح منها ان تعقد على غيرها وعلى محجورها وقد قدمنا قبل هذا ان
في ذلك قولا انها لا تعقد عليها واستثني في المدونة لغير رضيها ولا تعقد
للمراة النكاح على احد من الناس واجاز المولف العقد في قوله للموصاة عليه لان الصفة
وهي الموصاة جرت على غير من هي له وهو الذكر وتقدمت الاشارة الى هذا اول الكتاب
**وقوله** وتوكل المالكة والمعتقة والوصية وليها او غيره هذا معطوف
على قوله بل تلي على عبدها يعني ان ولايتها وان سقطت لكونها انثى فمانع الانوثة
ما منع الا من مباشرتها عقد النكاح خاصة ولها ان تقرر الصداق وتختار الازواج
في حق من لها عليه نظر كما لها ذلك في حق نفسها وتقدم من الرجال من شاءت لعقد
النكاح وسوا كان المقدم وليا لها او اجنبيا ولا تكون ما نعته الانوثة
كما نعته عدم العقل فان ما نعته عدم العقل كما تقدم توجب الانتقال الى
الولي الابعد لان الولي الذاهب العقل كالعدم وما نعته الانوثة لا تمنع من
النظر فيها ذكر وهذا ظاهر في المالكة والوصية واما المعتقة فقال بعض

الاندلسيين من المتقدمين وغيرهم مثل ما قاله المولف واشار بعض الشيوخ بها الى غيره وذلك
وذلك ان المراة اذا اعتقت احدا ثم ماتت فميراث هذا المعتق اذا مات لولدها لكنهم
لا يعقلون عنه بل يكون عقله لعصبة معتقته دون ولدها فكان هذا
الشيخ فهم من جملة هذا ان الولاية انما تكون لعصبتها دونها وفيه نظر **وقوله**
ويوكل العبد الموصى يعني اذا كان العبد وصيا على بنات سيده او غيرهن فحكمه
حكم المراة الوصي انه يعقد على الذكور من محاجيره ويقدم لعقد نكاح الاناث
من راه سواء كان المقدم من اوليا بين او اجنبيا **وقوله** وفسخ النكاح بالدني
في الجميع الخ يعني ان النكاح اذا انفرد الزوجان بعقده ولم يكن فيه ولي قريب
ولا اجنبي بالابد من فسخه سواء كان للمراة ولي او لم يكن لها ولي كانت من
ذوات القدر والشرف او كانت دنية وهو مراده بقوله في الجميع وهو تنبيه على
ما نقل عن علي رضي الله تعالى عنه اذا عقدت جاز ان اجازه الولي او السلطان وقاله
ابو يوسف وعلى قول الشعبي ان زوجت بغير اذن وليها كفوا اجاز الغير ذلك
من الاتاويل التي لم يراع اهل المذهب شيا منها وسوا اجازه الولي ان كان لها ولي
او رد وسوا ايضا حصل الدخول او لم يحصل طالت مكثها او لم يطل ثم اذا فسخ
فهل يكون بطلاق وهو مذهب ابن القسم في المدونة او بغير طلاق وهو مذهب
ابن نافع وسياتي هذا المعنى ان شا الله تعالى فيما بعد **وقوله** والاحرام من احد الثلثة
مانع بخلاف الرجعة يعني ان الاحرام بالحج او العمرة من الزوج او الزوجة او الولي يمنع
من عقد النكاح ولا يمنع من ارتجاع المطلقة في الطلاق الرجعي سواء كان الزوج محرما
او الزوجة او كانا معا لذلك وهذا الفصل كرر المولف رحمه الله تعالى الكلام عليه
بعد هذا باشبع من هذا وهناك ان شا الله نستوفي الكلام عليه وانما ذكره هنا
لان الاحرام كما هو مانع من النكاح فهو مانع من الولاية ولما تكلم على موانع الولاية
استتبع الكلام عليه والله تعالى اعلم **وقوله** والمشهور ان كفر الجزية من الولي
يسلب الولاية عن المسلمة يعني ان المراة المسلمة اذا كان لها ولي كافر فاما ان يكون من
غير اهل الجزية كالحربي والمرتد او يكون من اهل الجزية كالذمي والاول لا ولاية
له عليها والثاني فيه قولان المشهور انه لا ولاية له عليها وان الكفر مانع كالاول

وهو مراد



وهو مراده بقوله كغيره والشاذ انه ليس بمانع وهذا ما اراد المولف رحمه الله تعالى
والمعلوم من المذهب والمقطوع به انه لا ولاية لكافر مطلقا على مسلمة البتة ولم ار
احدا من الحفاظ الا وهو ينكر وجود القول الشاذ وينسب المولف فيه الى الوهم
ولعله التبس عليه رحمه الله تعالى بالقولين المنصوصين في الذمي يكون وصيا على
ذكور على القول بجواز ايصائه عليهم هل يزوجهم اولا **وقوله** ولذلك
العكس على المشهور الا المسلم في امته ومعتقته مراده بالعكس ان يكون الولي مسلما
والمراة كافرة وذكر المولف فيها قولين المشهور سلب الولاية والشاذ ثبوتها
واضطرب انقال الشيوخ في هذا الفرع فمنهم من سلك هذه الطريق ومنهم من نقل فيها
ثلثة اقوال هذان القولان والفرق بين ان يزوجها من مسلم فيجوز او يزوجها من غيره
فلا يجوز وقال ابن حبيب يزوجها من نصراني اذا لم تكن من نساء اهل الجزية ومنهم
من نقل في تزويج المسلم اياها من مسلم ثلثة اقوال احدها ان كانت من اهل الصلح لم يجز
لوليها ان يزوجها وان لم تكن جاز كان عليها جزية او لم تكن والثانية لا يزوجها
كيف كانت والثالث يزوجها كيف كانت الا ان تكون من اهل الصلح فهي او لمنه
ان شاحوه والاظهر من هذا كله سلب الولاية عنها ابعادا للكفر ولا يبعد القول
بان له تزويجها من مسلم بخلاف تزويجها من كافر واما قول المولف الا المسلم في امته
ومعتقته يعني به ان له تزويجهما من كافر وهو ظاهر في امته لانها ماله
واما معتقته فلان تصاري العتق ان يوجب من القرابة ما اوجبه النسب
واختلاف الدينين من الولي والمراة مسقط الولاية فاحرى ان تسقط الولاية
عن المعتقة ويقرب من قولهم ان للمسلم الولاية على معتقته قول ابن المواز القاسم
وهو احد الاقوال الثلثة ان معتق المسلم لا جزية عليه بخلاف معتق الذمي
وقد تقدم **وقوله** وعلى السلب يزوج الكافرة ولي كافر ثم اساقفتهم
لكافر او مسلم يعني وعلى المشهور انه ليس للمسلم ولاية على الكافرة فان قلت
لم عدل المولف عن ان يقول وعلى المشهور وهي عادته الى ان قال وعلى السلب قلت
لان الذي عدل اليه ابين لان المشهور لا يدل على السلب او الثبوت الا بضميمة اول
الكلام اليه وهو قوله والمشهور ان كفر الجزية من الولي يسلب الولاية وفي غير

هذا الوضع حيث جرت عادته بما ذكرت بكون الكلام فيه مستقلا بالبيان
والله تعالى اعلم وحيث يزوجها الكافر فانه يزوجها وليها الكافر ولا اشكال فيه
فان لم يكن لها ولي كافر لكنه امتنع فانه يزوجها اساقفتهم ووجهه ظاهر
ويتعلق المجرور وهو قوله لكافر والمعطوف عليه بقوله يزوج الكافرة لمن تقييد
والفاعل وهو قوله ولي كافر ثم اساقفتهم ولا يختص هذا التقييد بالمعطوف على
الفاعل قالوا ولا يعقده السلطان اذا لم يكن لها ولي كافر واذا ارادت كافرا
واب اهل دينها اجبرهم السلطان على ذلك لانه من التظالم ولا يجبرهم على انكاحها
من مسلم **وقوله** فان عقد عليها وليها المسلم لكافر لم يعرض له يعني اذا فرعنا
على القول بالسلب فان عقده المسلم لزوج كافر لم يتعقبه القاضي لان انكحتهم
ان كانت صحيحة فلا اشكال وان لم تكن صحيحة فنحن لا نعرض لهم في الزنا
اذا لم يعلنوه فاحرى النكاح الفاسد لان الولي المسلم على هذا التقدير مخطي لاعانته
على ما لا يحل وهذا ما اشار اليه في المدونة **وقوله** واختلف في السفيه ذي الراي الحاصل
من كلامه انه اختلف هل للسفيه ولاية اولا فذهب ابن القسم واشهب الى اثباتها
من حيث الجملة وذهب ابن وهب الى نفيها اذ لا يتولى العقد وليه فان عقد على راي
ابن وهب نظر فيه للاوليا يعني ولي السفيه بالذي هو احسن للمراة واذا قلنا له
الولاية فقال ابن القسم لا يستقل بها ولكن يعقد باذن وليه وقال اشهب يتولى
العقد بشرطين احدهما ان يكون ذا حال لا وصي عليه ولا تحجير من قبل القاضي والثاني
ان يكون له راي وهذا الشرط الثاني ذكره ابن المواز عن ابن القسم ايضا قال اذا
كان سفيها ضعيفا ولا يكون له نظر ولا رعي وبناته كمن لا اب لهن
ونقل كلام ابن وهب زيادة ان احدهما قال يستحب له ان يحضر النكاح فان لم
يحضر لم يضر والثاني قال فان لم يكن له ولي فانكح بناته جاز اذا كان
صوابا واستصوب اصبغ قول ابن وهب الا هذه الزيادة قال ولا بد من نظر السلطان
فيه كنظر الولي فيجيز او يرد على احسن النظر وقد وقع كلام ابن وهب في هذه
المسئلة في العتبية واطال القاضي ابن رشد الكلام في تفسيره والتفريع عليه
فمن شاء فلينظر هنالك **وقوله** والمشهور ان الفسق لا يسلب الا الكمال

يعني

يعني انه اختلف في فسق الولي هل يسلبه الولاية اولا فالمشهور انه لا يسلبه ذلك
والشاذ انه يسلبه وراى بعض المتاخرين التفرقة بين من كثر سفهه وبلغ الى
غاية لا يبالي بما وقعت وليته فيه ولا ينظر لها في كفوء وبين من تبقى له
انفة تمنعه من ايقاع وليته عند من ليس لها بكفوء فيرى سقوط ولاية الاول
دون الثاني والاقرب هو المشهور لان الوازع من ايقاع القرابة عند من لا يليق بها
طبيعي وتفرقة هذا المتاخر حسنة وبقي في تصور المشهور ان سلب الكمال
ان اريد به تقديم الابعد العدل على الاقرب الفاسق فبعيد وان اريد به رجحان
العدل المساوي في القرابة على مساويه فيها الفاسق فقريب والله تعالى اعلم
**وقوله** ويصح توكيل الزوج العبد الى قوله يعني ان وكيل الزوج نائب عنه
في المعاوضة فكل من تصح منه النيابة في عقد البيع يصح منه ان يكون نائبا في
عقدة النكاح عن الزوج والعبد ومن ذكر معه يصح منهم ذلك فيجوز ان
يكونوا وكلا في عقدة النكاح عن الزوج لان الولاية في جانبه ساقطة
فلم يبق الا مجرد عقد المعاوضة واما المراة فشرط الولاية في جانبها من حق الله تعالى
وذلك امر زايد على المعاوضة فنايب الولي تنزل منزلته فلا بد ان يكون متصفا
بصفاته وهذا على القول الاصح الذي ذكره المولف واما القول الثاني فلا يحتاج الى
هذا وقد انكر بعض المحصلين وجوده في المذهب **وقوله** ولابن العم الى قوله
يعني ان ابن العم يصح منه ان يقوم مقام الولي مع كونه زوجا وكذلك المعتق ومن
ذكر معه هذا مذهب المدونة والمشهور كما يصح ذلك في الوصي على يتيمه
ويتيمته ويكون موجبا قابلا وكذلك الوكيل لرجلين في البيع والشرا وقيل لا يجوز
ذلك في النكاح بخلاف البيع لان الولاية حق لله تعالى وهو ضعيف لان حق الله تعالى
انما هو في الايجاب والقبول وذلك حاصل من الواحد كما في البيع ومعنى قول المولف
بالاذن على المشهور له معينا ان المراة لا بد من اذنها للولي في تزوجها منه على
التعيين دون غيره ويكون قوله له معينا من صلة الاذن وراى بعض الشيوخ ان هذا
الشرط متفق عليه انه لا يزوجها من نفسه الا اذا عينته وذكر غيره عن
ابن القصار ان له ذلك وان لم تعينه كما اذا باع الوكيل او اشترى من نفسه وهذه

طريقة المولف فان قلت قول المولف على المشهور انما يرجع لصحة تولي ابن العم ومن ذكر معه طرفي العقد خاصة لا لكون الزوج الماذون في نكاحه معينا قلت قوله له
معينا من صلة المصدر وهو قوله بالاذن فان حملناه على ما زعمت لزم الفصل بين الموصول
وصلته باجنبي فان قلت لم عين المولف في تصوير المسئلة ابن العم دون من عداه من
الاولياء قلت لانه اقرب الاولياء الذين لا تحرم بينهم وبين المراة ويعلم ان من
عداه ليشاركه في المعنى مثله **وقوله** والاشهاد شرط في جواز الدخول
لا في صحة العقد هذا المذهب وقال الشافعي وابو حنيفة هو شرط في العقد قال
ابو حنيفة ولو كانا فاسقين او محدودين او رجلا وامراتين وفي الحديث لا نكاح
الا بولي وصداق وشاهدي عدل والولاية شرط في العقد والصداق شرط في الدخول
لجواز نكاح التفويض والشاهدان ردهما مالك الى حكم الصداق وردهما المخالف الى
الولي ونظر ايضا الى لفظ نكاح في الحديث هل المراد به العقد او الوطء فان حملناه على العقد
لزم التخصيص لخروج نكاح التفويض وان حملناه على الوطء لم يلزم ذلك والله تعالى اعلم
ويتخرج في المذهب قول كقول المخالف من الخلاف في نكاح السر وسياتي ان شاء الله تعالى تفسير م
قال بعض الشيوخ واذا لم يكن الاشهاد شرطا عندنا في العقد فهو افضل **وقوله**
فان دخل قبله فسخ بطلقة باينة يعني ان عثر على النكاح الذي لم يحصل الشهود فيه
بعد الدخول فانه يفسخ بطلقة باينة اما كونه يفسخ بطلقة فهو الظاهر بادي
الراي على اصل المذهب لان العقد وقع صحيحا وعقدة النكاح الصحيح لا تنحل بغير
الطلاق وايضا اذا كان النكاح المختلف في صحته لا ينحل الا بالطلاق على احدى
الطريقتين في المذهب فالنكاح الصحيح اولى واما كونها باينة فلانها من طلاق
القاضي والاصل فيما يوقعه القاضي من الطلاق ان يكون باينا ويرد على اصل هذا
الكلام ان يقال هذا النكاح اما ان يعد واقعا في نفس الامر او لا وعلى الاول
لا يفسخ اذ الفرض انه صحيح والاشهاد المشترط انما هو في الدخول المتاخر عن
العقد الصحيح والطلاق مزيل للعقد لا للدخول وعلى الثاني لا طلاق ولا فسخ لان الفرض
انتفاء العقد وان المراة اجنبية فلا معنى للفسخ ولا للطلاق لكنهم اوجبوا
الفرقة دفعا للفساد الناشئ عن الوطء الذي لم يستند لعقد ثابت وجعلوا تلك

الفرقة طلاقا

الفرقة طلاقا احتياطا لاحتمال حصول العقد في نفس الامر وكونه باينا لانه لو لم
يكن كذلك لتمكن الزوج من الرجعة في نكاح لم تثبت عقدته فقول القايل ان
الطلاق مزيل للعقد ورافع له ممنوع بل بعض من فروعه وانما هو رافع الاستناد اليه
**وقوله** وقيل وحد ان لم يكن العقد لا[illegible] والعطف من قول المولف ويحد ان على ان هذا
القايل يضم الى كونه يفسخ بطلقة باينة انه ان ثبت الوطء يعني باقرار او باربعة شهداء
انهما يحدان الا ان يكون النكاح فاشيا وعلى ان المذهب انه لا يحد وعلى ان ابن القاسم
وحده لا يعتبر الفشو وانما يعتبر في سقوط الحد جهلهما بحكم الاشهاد خاصة
والحاصل ان ظاهر كلام المولف ان المذهب سقوط الحد في جميع صور النكاح الذي لم
يشهد فيه وقد دخل بها ووطيها سواء وقع فشو او لم يقع وان من اهل المذهب من اعتبر
الفشو في سقوط الحد وان ابن القاسم اعتبر الجهالة وهذا شيء لا يقول له احد من اهل المذهب
ان الحد ساقط مع انتفاء الفشو والجهالة المذكورين بل المنصوص الاتفاق على وجوب الحد
عند انتفاء الوصفين وعلى سقوطه عند اجتماعهما واختلف اذا وجد احد الوصفين
والاقرب ان الحد واجب الا عند الفشو او قيام شاهد واحد فيكون ذلك شبهة
والله تعالى اعلم **وقوله** ولا تعتبر شهادة الولي لهما كما لا تعتبر على اذنها
يعني ان شهادة الولي للزوجين بالعقد غير معتبرة ويكون حكم هذا النكاح
كالنكاح الذي لم تقم على عقده بينة وقد تقدم كما لا تعتبر شهادة الولي على
ان المراة اذنت له ان يزوجها فالتشبيه بين المسالتين انما وقع في الحكم وهو سقوط
الشهادة الا ان سبب الحكم في المشبه مخالف له في المشبه به لان المانع من
قبول شهادة الولي في المسئلة الاولى انما هو شهادته لقريبته والمانع من قبول
شهادته في المسئلة الثانية كونه شهيدا على فعل نفسه اي على ما يودي الى صحة
فعله والصورتان معا منصوص عليهما في المدونة وتقدم الثانية منهما على الاولى والمولف وان
اختصر في اختصاره لهما وربط احداهما بالاخرى في التشبيه ولكنه اخل ببعض
فوايد الكتاب قال في المدونة وان شهد الاب واجنبي على توكيل ابنته
الثيب اياه على انكاحها فلا ناكرت لم تجز الشهادة لان الاب شهد على فعل
نفسه وهذه هي الصورة الثانية التي شبه بها المولف وقد صرح في المدونة بالمانع من قبول

أحسن

ويعاقبان شهادة الاب والام في ذلك قريب ثم قال في المدونة وان وجد رجل مع امراة في بيت فشهد
ابوها واخوها انه تزوجها لم يجز نكاحه وعوقبا وهذه هي الصورة الاولى في كلام
المؤلف نعبير المؤلف لفظ الاب او الاخ وعدل عنه الى لفظ الولي لانه اتم فايدة عنه ويحتمل
ان يكون لفظ الاب والاخ مقصودا منه في المدونة لما علم ان شهادة الاب غير مقبولة
لولده والاخ كذلك لانه لا يجيزها في المدونة الا بشرط التبريز في العدالة ولا سيما في مثل
هذه المسالة ويحتمل ان يقصد الى ما قصد المؤلف وان العم وغيره من العصبة يشاركان في
ذلك الاب والاخ لان العم وغيره كانا وليين وان المانع من قبول شهادتهما هو المانع في الصورة
الاخرى لكن حمل المدونة على هذا الوجه بعيد والله تعالى اعلم **وقوله** ونكاح السر باطل
لا خلاف اعلمه في المنع منه وانما الخلاف في سبب المنع والخلاف فيه مبني على الخلاف في تصوره
فمنهم من راى انه الذي لم يشهد فيه او دخل على عدم الشهود ومنهم من راى ان سبب المنع
اخص من هذا وهو الذي دخل فيه على ترك الاذاعة والاظهار اما مطلقا واما من بعض
الناس او في بعض الازمنة والامكنة **وقوله** والمشهور انه المتواصى بكتمه وان
اشهد فيه وانما كان ذلك سبب المنع لانه مناقض لمشروعية النكاح الا ترى ان النبي
صلى الله عليه وسلم لما سمع صوت الجواري وضربهن بالغربال قال هذا النكاح لا السفاح
او كما قال فنبه على ان الفارق بين المباح والحرام هو الاعلان ومقابل المشهور هو قول
اكثر اهل العلم وهو الذي ذكره المؤلف اخر الفصل فقال وقيل هو الذي دخل ولم يشهد فيه
فيرجع هذا الفصل على القول الشاذ الى الفصل الذي قبله وحكى غير المؤلف عن يحيى بن يحيى
انه قال ما شهد عليه عدلان فليس بنكاح سر وهو قريب مما حكاه المؤلف عن
القول الشاذ وقدم المؤلف حكم نكاح السر على تفسيره وهو تقديم التصديق على التصور
والعذر له سبق في الكتاب **وقوله** ويفسخ بعد البناء وان طال على المشهور ان قلت
قد تقدم ان تصور نكاح السر بقول المؤلف وهو المتواصى بكتمه وبيان حكمه بقوله اولا ونكاح
السر باطل فما فايدة هذا الكلام هاهنا قلت هو من تمام حكمه لان قوله باطل
وان كان ظاهره انه يفسخ مطلقا قبل الدخول وبعده الا انه ليس بنص فيه على ان الحكم
بفسخه مختلف فيه على ما ستراه فان قلت قول المؤلف هنا على المشهور هل هو راجع
الى قيد الطول لا الى قوله بعد البناء قلت الظاهر انه راجع الى قيد الطول خاصة ولهذا احكى

الخلاف في

الخلاف في المسالة غير واحد على الوجه الاخر فيكون الخلاف في فواته بعد البناء ولا اعلم
الان من يقول به من اهل المذهب على ان بعض الشيوخ اختار امضاءه وفواته بالعقد ومنهم
من قال يعلن في ثاني حال ويظهر ولا يفسخ ولا اشكال ان النهي عن نكاح السر لا يعود الى
الصداق واذا حقق النظر فالنهي انما هو عن بعض اوصاف النكاح لا عن اركانه ولا عن
بعضها وما هذا حاله من المناهي يقع اضطراب الفقهاء فيه هل يرجع الى نفس العقد في
المعنى او لا يرجع واذا تحقق انه يرجع الى العقد فيجب فسخ النكاح وان طال بعد الدخول
والا فلا فسخ او يكون لكن لا على الوجوب واختلف في العقوبة بسبب ذلك فقال ابن
شهاب العقوبة على الزوجين والبينة وقال مالك لا يعاقب الشاهدان ان جهلا ذلك
وان اتيا ذلك على معرفة انه لا يصلح عوقبا ولابن حبيب انه يعاقب الناكح والمنكح ولا حد
فيه قال ابن حبيب ان اتفق الاولياء والزوج على كتمانه ولم يعلموا الشهود فهو نكاح
سر قال بعضهم يريد وان لم يفعل ذلك الزوج لم يكن له تاثير قال اشهب ان عقد ثم
استكتم البينة ان لم تكن بينة ولا عقد عليه ضرر فلا باس وان نكح على ذلك
بغير ضرر فليفارق واختلف الشيوخ هل الامر له بذلك على هذا القول استحباب وهو
مذهب ابن رشد او وجوب وهو مذهب التونسي وقال اصبغ ان لم يكن الاصيل فلا ارى
ان يفسد النكاح لانه لا باس ان يتزوج ويكتمه ان يفارق ولكن ان تواطا المراة
والاولياء فهو فاسد **وقوله** ورجع مالك الى انه لا يفسخ نكاح الخيار بعد البناء
للزوج او للزوجة او للولي خلاف النكاح الى اجل هذا يدل بتخريج الالتزام على ان
النكاح على الخيار لمن ذكر لا يجوز لان الخلاف في ثبوت الفسخ بعد الدخول يدل
على حصول الفسخ باتفاق قبل الدخول وكان ذلك من اثار المنع قال غير واحد من الشيوخ
يجوز ذلك اذا كان الخيار في المجلس لانه حينئذ كالمراوضة على النكاح واختلف
المتاخرون في جواز الخيار بعد افتراق المجلس وبالقرب منه فمنهم من اجازه ومنهم
من منعه واشار بعضهم الى تخريج الخلاف في جوازه ابتداء من الخلاف في عقد الخيار
هل هو على الحل حتى ينعقد او على العكس من ذلك فيجوز على الوجه الاول لان عقد
النكاح على هذا الوجه يشبه المواعدة عليه والمراوضة فيه واستقرا بعضهم من
المدونة جواز الخيار في عقد نكاح الحرة على الامة وما في معنى ذلك من الصور وذلك

انه قال في المدونة في تعليل المنع اذ لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا و التخريج الاول
لا باس به ان صح وجود الخلاف في المذهب ان عقود الخيار منحلة او منعقدة
واما الاستقرا الثاني من تعليل الامام فبعيد لانه بعد تسليمه انما هو
استدلال بنفي اللازم على نفي الملزوم فكانه يقول لو وجد النكاح لوجد الميراث
لكنه لم يوجد الميراث وهو لازم النكاح وجاز ان لا يحصل النكاح الشرعي والاظهر
من القولين هو الاول المرجوع عنه لان الفساد في العقد ولذلك يكون لها المسمى دون
صداق المثل واما قول المولف بخلاف النكاح الى اجل معناه ان النكاح المؤجل الذي
يعقد على انه يحل بعد شهر مثلا فاسد متفق على فسخه بعد الدخول وهذا هو نكاح
المتعة وكان المولف رحمه الله تعالى بين حكمه خشية ان يخرج فيه الخلاف
من النكاح في نكاح الخيار اذا قيل انه على العقد حتى يحل فكانه منعقد في ايام الخيار الخلاف
ثم انه يحل اذا لم يتفقا على امضايه ويقع في بعض النسخ ذكر هذه المسئلة بلفظ او هو
وفي نسخ نكاح الخيار او الى اجل بعد البنا قولان وذلك يقتضي وجود الخلاف في فسخ
نكاح المتعة بعد الدخول **وقوله** وفي ان لم يات بالصداق الى كذا
فلا نكاح قولان مثله وجاز معنى المسئلة ان من تزوج امراة وشرط انه ان لم يات
بصداقها الى ثلثة ايام مثلا فلا نكاح بينهما ففي ذلك قولان احدهما ان الحكم فيها مثله
في نكاح الخيار فيكون النكاح على هذا القول فاسدا يفسخ قبل الدخول ويختلف
في فسخه بعده والقول الثاني ان النكاح جايز فقوله وجاز من قول المولف تفسير لقوله
قولان فان قلت لعل المثلية في كلام المولف راجعة الى مشابهة النكاح الى اجل
متفق على منعه وفسخه مطلقا لا الى نكاح الخيار كما زعمت قلت اما اولا
فان المسئلة في امهات الكتب على ما ذكرنا واما ثانيا فلان قول المولف بخلاف
النكاح الى اجل انما ذكره هنا بطريق العرض فكانه تحرز منه وهذا يناسب
ان لا يشبه به ولا يبنى عليه والقول بمماثلة هذه المسئلة لمسئلة نكاح الخيار
هو مذهب المدونة وساق قول مالك فيها مساقا واحدا اعني انه رجع الى انه لا يفسخ
النكاح في المسئلتين بعد البنا وفي هذه المسئلة قول ثالث انه يفسخ قبل البنا خاصة
والقول الاخر الذي حكاه المولف انه جايز هو قول اشهب قال بلزوم الشرط وعلى الوجه

الذي



الذي قررناه حمل الجمهور كلام ابن القسم في المدونة ومنهم من فهم هذه المسئلة
على ان النكاح منحل الان غير منعقد وانما ينعقد عند اتيان الاجل الذي
ذكره مع دفع الصداق واستدلوا على ذلك بانه لو كان مراده مقصودها
ما فهمه الاولون لزم ان يقول فيها بقول اشهب او يقول فيها كما قال مالك فيمن
ابتاع سلعة على انه ان لم يات بالثمن الى اجل كذا ان البيع لازم والشرط ساقط
والصحيح والله تعالى اعلم ما فهمه الاولون لانه لو اراد هذا المعنى لما اتى بعدها بالفرع
بما عقب به المولف هذه المسئلة وهي مسئلة تاجيل العقد لانها هي المعنى والله تعالى
اعلم فان قلت فاذا كان معنى المسئلة على ما ذهب اليه الاولون فلم فرق الامام بين
البيع والنكاح فامضى البيع مسقطا للشرط وابطل النكاح **قلت** لان هذه
المسئلة متضمنة للخيار والنكاح عند الامام مناف للخيار الا ترى احتجاجه عليه
بالميراث والبيع غير مناف له بل هو احد نوعيه فلذلك امضى البيع على ما تحقق في
موضعه ان شاء الله تعالى **وقوله** ولذلك تاجيل العقد الى هذا معنى هذا الكلام
انما يشبه مسئلة ان لم تات بالصداق الى كذا تاجيل العقد وهو ان يتفق الزوجان
والولي وهو مراد المولف بالثلاثة على ان هذه المراة زوج لهذا الرجل بعد شهر بالالف
واللام في الثلثة للعهد ولا العهد اما ان يرجع الى ما علم من انه لا يتم النكاح الا بمجموع
هولاء الثلثة واما الى ذكرهم مبنيا قريبا في مسئلة الخيار مصرحا بهم فان **قلت**
لا اشكال ان التشبيه بين هذه المسئلة والتي قبلها انما هو في الحكم وهو فيهما مختلف فيه
على ما حكاه المولف فان اراد ان الخلاف في الثانية مثله في الاولى سوا فليس كذلك
لانه ذكر المشهور في الثانية ولم يذكر في الاولى مشهورا وان اراد ان القولين
في الثانية كما هما في الاولى مع قطع النظر عن المشهورية فيلزم ان يكون القول
بالمنع في هذه يختلف ايضا هل يفسخ بعد البنا ام لا كما هما في المسئلة المشبه
بها وهي نكاح الخيار وهذا مما لا يعلم في هذه المسئلة **قلت** انما اراد المولف التشبيه
في مطلق القولين بالمنع والاجازة مع قطع النظر عن المشهورية وعن التفريع على القول
بالمنع وهذا القدر كاف في التشبيه فان **قلت** من اين يعلم تعيين المشهور وما له
يحتمل ان يكون المشهور من القولين المنع او يكون الجواز **قلت** لما كان مراد

المؤلف بالتشبيه انما هو في مطلق القولين بالمنع والاجازة وكان الاول منهما في المشبه
به هو المنع وجب ان يكون الاول منهما في المشبه وهو المشهور المنع واعلم ان هذه
المسئلة ذكرها في المدونة على لفظ فاختصرها المؤلف على ما فهم وغير لفظها
لاجل ما يعتقد من معناها وخالفه غيره في فهمها فرأينا ان نذكرها بلفظها ليتبين
لك الفهمان والصحيح منهما قال فيها ومن قال لامرأة اذا مضى شهر فانا اتزوجك فرضيت
هي ووليها فهذا النكاح باطل لا يقام عليه ففهم المؤلف واكثر الشيوخ ان هذا
نكاح ناجز عقد على ظاهر قوله فهذا النكاح باطل لا يقام عليه وان سبب المنع
انما هو كون الاباحة موقتة بزمان دون زمن فاشبه ذلك نكاح المتعة وفهم
القاضي ابن رشد انه ليس هنا عقد مبرم وانما هو عقد فيه خيار فالبطلان فيه
انما هو من معنى المسئلتين المذكورتين قبله ويقوي هذا ان الالفاظ في العقود اذا
وقعت بصيغة المضارع او الاستقبال لا يلزم بها حكم وقصاراها ان تكون
وعدا ولذلك وقعت هذه اللفظة هاهنا فانا اتزوجك ولو كان العقد مبرما
كما فهم الاولون لقال فقد تزوجتك وللاولين ان يقولوا لا فرق في هذه المسئلة
بين الماضي والمضارع لانهما واقعان في جواب الشرط والشرط وجوابه لا يكونان
الا مستقبلين معنى وفيه نظر **وقوله** الزوج هذا هو الركن الثالث من اركان
كتاب النكاح **وقوله** ويزوج الاب والوصي والحاكم الخ معناه ان كل من له
نظر على محجور سواء كان نظره بالاصالة وهو الاب او بالنيابة عن الاب
وهو الوصي او الحاكم عند عدمهما فانه يزوج ذلك المحجور سواء كان كبيرا او صغيرا
عديم العقل او صحيحه وهذا لاحتياجهم الى النكاح اما حالا كما في البالغ
واما مآلا كما في الصغير **وقوله** وفي جبرهم السفيه قولان يعني وفي
جبر الاب والوصي والحاكم السفيه البالغ على النكاح قولان ولما كان
الصغير والمجنون لا اذن لهم البتة ولا اختيار فكلاهما يفعل بهما مجبوران
عليه حكما واما السفيه فيمكن منه الاختيار والجبر فميز المؤلف حكمه
الاختياري عن حكمه الجبري وهذا صحيح ومن الشيوخ من ميز ذلك في الصغير
فذكر في جبر الوصي اياه ثلاثة اقوال الجبر وهو مذهب المدونة وعدم الجبر وهو في

كتابه

كتابه وفرق المغيرة فقال ان كانت ذات شرف او مال او ابنة عم جبره
على ذلك والا فلا واجرى هذا الشيخ هذه الاقوال في جبر الاب الصغير واذا حقق
النقل وجدت الاقوال المذكورة في تزويج الوصي الصغير مع قطع النظر عن كون
الصبي مختارا او مجبورا والجبر حقيقة وتمييزه انما يكون في السفيه كما
ذكر المؤلف ثم القول بجبره هو ظاهر كتاب النكاح الاول من المدونة
وعدم الجبر هو نص كتاب ارخاء الستور منها وهما منصوصان في غير المدونة والصحيح
عدم جبره لانه يلزمه الطلاق اذا طلق واذا اجبر على ما لا يجب طلق فيلزمه الصداق والنفقة
من غير منفعة تعود عليه وهذا سوء نظر في حقه والله تعالى اعلم **وقوله**
ومن زوج ابنه الصغير فقيرا الخ لما تقدم ان للاب ان يزوج الصغير وكان من عوارض ذلك
لزوم الصداق ويفترق الحكم في ذلك على من يكون بحسب غنى الولد وفقره واشتراط الاب
اياه على الابن وعدم اشتراطه تعرض المؤلف لبيان ذلك وحاصل ما دل عليه كلامه هنا
مطابقة ولزوما ان الاب اذا زوج ابنا له صغيرا فقيرا فاما ان يشترط الصداق على نفسه
او على الابن فان كان الاول وهو ما دل عليه لفظه لزوما فالصداق على الاب واما ان
يشترطه على الابن وهو معنى قوله ونبرا فالصداق على الاب ايضا في المشهور وهو مذهب
وقالوا في هذه الصورة هو على الابن قالوا في توجيه المشهور لانه لا مصلحة للابن في تعمير
ذمته بالصداق مع فقره وعدم حاجته الى المرأة في الحال ولم تجعلوا كتعمير ذمته بالديون
في المعاملات المالية وهو وجه الشاذ لان المنفعة باعواض الديون حاصلة في الحال وان لم
يشترط الاب الصداق لا عليه ولا على الولد الصغير وهو ما دل كلام المؤلف عليه لزوما
ظاهر فالصداق على الاب من باب الاولى لانه اذا شرطه على الولد كان على الاب فاحرى
اذا لم يشترطه واما ان كان الابن مليا صغيرا فان كان اشترطه الاب على نفسه
او على الولد فهو على من اشترطه عليه وان لم يشترطه فقالوا هو على الولد وفي اقتضاء كلام
المؤلف له لزوما نظر فان قلت هل في كلام المؤلف دلالة على حكم صداق الكبير
اذا زوجه الاب هل من يكون عليه او على الاب قلت نعم فيه دلالة بالالتزام
والمفهوم على انه يكون على الاب وهو قول يحيى بن سعيد في المدونة على ما فهم بعض
الشيوخ قال يحيى بن سعيد ومن زوج ابنه صغيرا او كبيرا وليس له مال فالصداق على

الاب عاش او مات فقال اكثر الشيوخ وقوله كبيرا يعني به السفيه وكذا نقل نقل
في الواضحة وقال ابن يونس ذلك سوا لانه هو عقد عليه فالصداق عليه الا ان يجهر
عليها انه على الابن كالوكيل يشتري سلعة فالثمن عليه الا ان يقول هو ينقدك دونك
وهو ضعيف لان حكم الوكالة في النكاح مخالف لحكمها في البيع لان الوكيل
انما يلزمه دفع الثمن اذا كان هو الذي يقبض العوض على ما تبين في غير هذا الموضع فاذا فرعنا
على مذهب اكثر الشيوخ فزوجه الاب برضاه ولم يشترط ثم تداعيا فيقول الاب
على الابن ويقول الابن على الاب فينفسخ النكاح بعد ان يتحالفا ولا شي على واحد منهما
ومن نكل منهما لزمه وعبر بعضهم اليمين هنا وجعلها من ايمان التهم وفيه نظر
قال بعض الشيوخ وان نكلا غرم كل واحد منهما نصف الصداق ويثبت النكاح
وانه ينظر في ذلك حتى دخل الابن حلف الاب وبرئ فان كان صداق مثلها مثل
المسمى فاكثر غرمه الزوج بغير يمين وان كان المسمى اكثر حلف وغرم صداق
المثل **وقوله** فلو بلغ فطلقها قبل البنا رجع الى الاب النصف يعني وحيث
حكم في مسايل الصغير بان الصداق على الاب اما بالتزام الاب اياه او بالزامه
ذلك بمقتضى الحكم فبلغ الصغير ثم طلق قبل الدخول فان نصف الصداق يكون
للزوجة والنصف الاخر يرجع الى الاب لانه انما التزمه الا على حكم الصداق وهو يتشطر
بالطلاق قبل البنا هكذا قالوا وهو صحيح اذا سلم ان المراة لا تملك بالعقد الا نصف الصداق
وفيه نظر اذا قيل انها تملك الجميع والبحث فيه قريب من البحث اذا وهبت المراة مهرها
قبل الدخول لاجنبي ثم طلقها قبل الدخول قال في المدونة وهو قريب من مسئلة المدونة المولف
فان ضمن الاب صداق ابنه البالغ ودفعه اليها عنه ثم طلق الابن قبل البنا رجع نصف
الصداق الى الاب ولو لم يدفعه رجعت عليه المراة بنصف صداقها وكذلك لا يرجع
الاب على الابن بشي مما ادى عنه لان هذه الوجوه ليست كحمالة الديون واجرى
بعض الشيوخ في رجوع النصف الى الاب الخلاف في هذه المسئلة من الخلاف الذي قدمناه
هل تملك جميع الصداق او نصفه وقوى الاجرا بالخلاف ابن القسم وابن الماجشون في
مسئلة المدونة هذه اذا خالع الابن على رد جميع الصداق فقال ابن القسم في كتاب
ابن حبيب جميع الصداق للاب وقال ابن الماجشون للاب النصف وللزوج النصف

وقوله او دون الصغر



او في استبرايها من ملك فقولان تابيد التحريم ونفيه والاقرب عدم التابيد في الاول
وثبوته في الثاني على ان المذهب اضطرب في الاستبرا من الزنا فقال ابن القسم في
التي زنت فتوطا بنكاح قبل الاستبرا او وضع حمل لا تحرم عليه بذلك بعد ابدا ثم
رجع فقال اما في الحمل فتحرم عليه ولا تحرم في غيره وروي ذلك عن مالك وقال
اصبغ اكرهه في الحمل والقياس انه وغيره سوا ولا احب ان يتزوجها في ذلك
وقال القاضي ابن رشد في القول الذي رجع اليه ابن القسم وتفرقته فيه انه ضعيف
ولو عكس لكان اصوب لان فيه اذا وطي غير الحامل اختلاط الانساب واما من
زنت زوجته فوطيها زوجها في ذلك الما فلا شي عليه قال ابن المواز لا ينبغي
ان يطاها في ذلك الما قال اشهب وللحامل من زوجها حملا بينا اذا وطيت غصبا
لم ار باسا ان يطاها زوجها فيه قال اصبغ اكرهه وليس بحرام واري ان
ملكها كرهه قال ابن حبيب وان لم تكن بينة الحمل فلا يطاها الا بعد ثلث
حيض **وقوله** فان وطي بملك فقولان ظاهر كلامه انه اذا طلقت الامة
او مات عنها زوجها فوطيها سيدها او مشتريها قبل خروجها من العدة ففي
تابيد التحريم قولان والاقرب منهما التابيد [illegible] **وقوله** فان
وطي بزنا او بملك عن ملك لم يتابد يعني فان زني بمعتدة او كانت الامة
مستبراة لنقل الملك فوطيها من انتقلت اليه فلا يتابد التحريم وهو ظاهر في
التي زنت لانتفا النسب عن الزاني واما في الملك ففيه نظر ان ثبت قول المولف
لم يتابد يعني به لم يتابد التحريم وقد علم ان تابيد التحريم اخص من التحريم وانه
لا يلزم من نفي الاخص نفي الاعم فلعل هذا يكون هنا تحريم غير موبد وليس كذلك
اذ يجوز لهذا الواطي استباحتها بشرطه قلت لانه لو نفى الاعم فقال لم يحرم
لكان موهما هذا اللفظ حصول الاباحة لهذا الوطي الثاني والحكم خلافه
**وقوله** وخطبة الراكنة للغير وتصريح خطبة المعتدة حرام
والتعريض جايز الخطبة بالكسر قال الفرا هو مصدر بمنزلة الخطب قال
وهو مثل قولك انه لحسن القعدة والجلسة تريد القعود والجلوس وفي
اشتقاقه وجهان الاول انها من الخطب بمعنى الامر والشان يقال ما خطبك

اي ما شانك وخطب فلان فلانة اي سالها امراو شانا في نفسها والاظهر
ان اصل الخطبة من الخطاب الذي هو الكلام لان الخطبة تستلزم الخطاب
في امر المراة واما الخطبة بالضم فهي الكلام المولف في الزجر والوعظ وما في
معنى ذلك وقد تقدم شي من هذا في اول كتاب النكاح وهي حرام في كل عدة
سوا كانت عدة الوفاة او عدة الطلاق قال غير واحد لما خص الله تعالى
التعريض بعدم الجناح وجب ان يكون التصريح بخلافه وهذا وان كان
استدلالا بالمفهوم فهو متفق على صحته هنا واما التعريض فقال بعضهم هو ضد
التصريح ومعناه ان يضمن كلامه ما يصلح للدلالة على مقصوده وعلى غير
مقصوده الا ان اشعاره بجانب المقصود اتم وارجح واصله من عرض الشي وهو
جانبه كانه يحوم به حوله وقد يسمى تلويحا لانه يلوح منه ما يريده والفرق
بينه وبين الكناية ان الكناية ان تذكر الشي بذكر لوازمه كقوله
فلان طويل النجاد كثير الرماد والتعريض ان يذكر كلاما يحتمل مقصوده
وغيره وقراين الاحوال توكد حمله على المقصود فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث
فاطمة بنت قيس لا تفوتيني بنفسك من باب التعريض عندهم وقوله في ابي جهم
لا يضع عصاه عن عاتقه من باب الكناية والمذهب جواز التعريض في حق
كل معتدة سوا كانت في عدة الوفاة او الطلاق وللشافعي في عدة
الوفاة ومنع منه في عدة المطلقة ثلثا طلاقا رجعيا واختلف قوله في عدة
طلاق الثلاث وعدة المختلعة **وقوله** وقالوا ومثل ان يقول لها
الحديث الخ تقدم غير مرة ان قول المولف في هذا الكتاب قالوا اشارة منه الى تضعيف
وجه المسئلة وانه كالمتبري منها وانه ليس له حظ منها الا حكايتها ونقلها
والا فالكتاب كله من قولهم ومثله ما يفعله الشيخ ابو محمد في الرسالة فانه
اذا ضعف قولا لمالك عند نسبه اليه كما قال وليس عليه تخليلها في الوضوء
في قول مالك ولذلك لا تقل اليه بعد ان قال في الخطبة ان الكتاب على مذهب
مالك وطريقته فكان المولف رحمه الله تعالى راى ان هذه الالفاظ قريبة من
التصريح فلذلك صدر كلامه فيها بقوله وقالوا ومثلها او اشد منها قولهم

من التعريض



هادية الطالب

من التعريض ان يقول لها النسا من شاني وان يقدر الله تعالى امرا يكن وقد منع
بعضهم كما اشار اليه المولف واشد من هذا ما وقع لمالك انه لا باس ان يهدي
لها قال ولا احب ان يفتي به الا من يحجزه التقوى عما وراه **وقوله**
فان صرح كره له تزوجها بعد العدة يعني فان وقع منه الحرام وهو التصريح
بالخطبة وحصول المواعدة منهما فانه يكره له تزويجها وهو مبني على
المشهور من المذهب واما على الشاذ فيها بعد هذا فانه يحرم عليه تزوجها
قال غير واحد من اهل المذهب واما العدة من احدهما بالتزويج دون ان يعده الاخر
بذلك فمكروه مخافة ان يبدو للمواعد منهما فيقع في مخالفة الوعد
**وقوله** فان تزوج فالمشهور الفرق ظاهر النصور الا ان في نقله قول (كلامه م)
اشهب نقصا واجمالا لانه لم يبين هل الفراق فسخ او طلاق وهل يتابد التحريم
على مذهبه ام لا والمنقول عنه وعن اصبغ انه يتابد وهو ظاهر في انه اراد
بالفراق الفسخ واختلف قول ابن القسم هل يفسخ نقضا او يغير تضا وعن ابن القسم
مثل قول اشهب واصبغ اذا كان الوعد شبيها بالايجاب قال بعضهم ومواعدة
الاب في البكر والسيد في الامة كمواعدة المراة في نفسها ومواعدة
المولى الذي ليس له جبر مكروه وان وقع لم يفسخ وهذا صحيح وان كان
ظاهر المدونة مخالفه **وقوله** ويحرم خطبة الراكنة لغيره هذا
نوع اخر من انواع المحرمات التي عدها يعني ان من خطب امراة فركنت له حرم
على غيره ان يخطبها لما في الصحيح من حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له وقال
البخاري في هذا الحديث لا يخطب الخاطب على خطبة اخيه حتى يترك
الخاطب قبله او ياذن له والركون هو ان يظهر منها اجابته لما طلب
وانما اشترط اهل المذهب في التحريم الركون وان لم يكن منصوصا في الحديث
المتقدم لحديث فاطمة ابنة قيس وفيه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها اذا
حللت فاذنيني فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن ابي سفيان وابا جهم
ابن هشام خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما ابو جهم فلا يضع عصاه

عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة بن زيد قالوا فقد اخبرت
عن ابي جهم ومعاوية انهما خطباها فان كانا مجتمعين فقد خطب اسامة
على خطبتهما وان كانا متعاقبين فالثاني منهما خطب على خطبة الاول
واسامة قد خطب على خطبته ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم بل ارشد
الى اسامة ولا بد من الجمع وليس الا حمل الحديث الاول على عدم الركون
والثاني على الركون وهذا حسن ان لم يكن خلاف في اشتراط الركون
وان كان فيه خلاف كما في البيع فيحتمل ان يقال لا نسلم ان ابا جهم ومعاوية
وقعت خطبتهما اولا لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لها قبل ذلك فاذنيني
تعريض بالخطبة فصار هو الاول او كالاول فلا يكون اسامة خاطبا على
خطبتهما فان قلت هب ان الامر كذلك فيكونان خاطبين على خطبته
ولم ينكر ذلك عليهما قلت لعل عدم الانكار عليهما لانهما لم يقرا بما قالت
فاطمة اولانهما لم يكن عندهما علم بالحكم فعذرا لذلك ويحتمل ايضا ان يقال
ان اسامة لم يخطب ولم يخطب له النبي صلى الله عليه وسلم وانما ارشدها لنكاحه
فاذا نكحته لم تنكح من خطبها على خطبة غيره وروى ابن وهب ان جريرا
البجلي امر عمر بن الخطاب ان يخطب على امراة من دوس ثم امر مروان
ابن الحكم من بعده ان يخطبها عليه ثم امر عبد الله بن عمر بعد ذلك
فدخل عليها فاخبرها بهم الاول فالاول ثم خطبها معهم لنفسه فقالت
والله ما ادري اتلعب ام انت جاد فقال بل جاد فنكحته فولدت له ولدين
وفي سماع اسمعيل بن ابي اويس سمعت ملكا يقول اكره اذا بعث الرجل
رجلا يخطب له امراة ان يخطبها الرسول لنفسه واراها خيانة ولم اسمع
احدا ارخص في ذلك واما قول المؤلف وان لم يقدر الصداق على المشهور
فالخلاف راجع الى عدم تقدير الصداق لا الى اصل المسئلة من تحريم خطبة
الراكنة اذ لا خلاف اعلمه في المذهب في ذلك ومعنى الكلام انه اذا
حصل الركون مع تقدير الصداق حرم خطبتها على الغير وان لم يكن تقدير
صداق فقولان المشهور منهما انه تحرم الخطبة لان الركون حاصل بالفرض

وتقدير



وتقدير الصداق ليس من شرط الركون ولا جزا منه الا ترى ان نكاح
التفويض جائز والشاذ انه ليس بركون حقيقة لاحتمال عدم
الموافقة عند تقديره وهو احتمال الاكثري فينبغي ان يراعى وهذا القول
الذي ذكر المؤلف انه شاذ هو ظاهر قول مالك في الموطا ومذهب ابن نافع
والاول مذهب ابن القسم وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون
**وقوله** قال ابن القسم وذلك في المتقاربين فاما فاسق وصالح فلا وهذا
ظاهر على ما تقدم لابن بشير انه لا خلاف منصوص ان للزوجة ولمن قام لها فسخ
نكاح الفاسق وعلى نحو ما حكى المؤلف قول ابن القسم هذا حكاه غير من
الشيوخ وحكى ابو عمر بن عبد البر قوله على معنى اخر فقال قال ابن القسم ومعنى
النهي في ذلك في رجلين صالحين واما ان ركنت الى رجل سوء فينبغي للولي
ان يحضها على تزويج الصالح الذي يعلمها الخير ويعينها عليه وهذا ليس فيه
الخطبة على خطبة الغير وانما فيه الحض على مخالطة اهل الخير ومجانبة
اهل الشر **وقوله** فان عقد فثالثها يفسخ قبله لا بعده الاقوال الثلثة
مروية عن ملك وقال بعض الشيوخ ان المشهور منها هو الثالث وعدم الفسخ مطلقا
وهو القول الثاني قال ابو حنيفة والشافعي وكانهم راوا ان النهي انما تناول
الخطبة وهي غير داخلة في العقد والنهي الذي هذا صفته لا يدل على فساد
المنهي عنه ولا سيما على اصل ابي حنيفة ومن قال بالفسخ مطلقا راى ان النهي
عن الخطبة التي هي الوسيلة الى العقد يستلزم النهي عن المتوسل اليه
قطعا وهو العقد لان احكام الوسائل تابعة الى احكام المقاصد
فوجب فسخ العقد لذلك وهو الظاهر والله تعالى اعلم واذا قلنا بالقول الثاني
فروى عيسى عن ابن وهب يستحب لهذا العاقد ان يتوب ويعرضها على الخاطب
اولا فان حلله رجوت له في ذلك مخرجا وان ابى فليفارقها فان نكحها
الاول والا فليهنها ان يائتنف نكاحها وليس يقضى عليه بالفراق
قال عيسى ان لم يحلله فليستغفر الله تعالى ولا شيء عليه **وقوله**
والسبي يهدم النكاح هذا الفصل من تمام النوع الرابع من الموانع التي

عددها المولف قبل هذا في قوله والموانع قرابة ورضاع وصهر ولعان والمتزوجة
غير المسبية اي زوجة الغير محرمة على غيره وممنوع من العقد عليها الا اذا العقد
سبيت فلما جرى ذكر السبي في كلامه تعرض لبيان حكمه في هدم النكاح
وقد ذكر المولف هذا الفصل بنصه في كتاب الجهاد وتكلمنا عليه هنالك
بما فيه كفاية فليتوقف بذلك الموضع ونزيد هاهنا الكلام على السبي هل يهدم
نكاح الكافرة وما يتعلق به والذي عليه اهل العلم ان السبي يهدم النكاح
الكافر من حيث الجملة وفي الصحيح عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم يوم حنين بعث جيشا الى اوطاس فلقوا عدوا فقاتلوهم وظهروا
عليهم واصابوا لهم سبايا فكان ناسا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم تحرجوا
من غشيانهن من اجل ازواجهن من المشركين فانزل الله تعالى في ذلك والمحصنات
من النساء الا ما ملكت ايمانكم اي فهن لكم حلال اذا انقضت عدتهن وهذه
الاية وان حملها المفسرون وجوها كثيرة في بعضها مخالفة لهذا الحديث
فالمعتبر من تلك الوجوه ما وافق هذا الحديث لصحته وظاهر كلام المولف ان
السبي يهدم النكاح سواء كان سبي الزوجين مفترقا او مجتمعا الا الصورة مفترقا او مجتمعا
التي استثناها وهي اذا سبيت الزوجة بعد ان اسلم زوجها وقد كان حربيا
قبل ذلك او مستامنا فاذا وقع ذلك نظر حينئذ في هذه الزوجة المسبية
بعد فان اسلمت بقيت مع زوجها على نكاحهما وان لم تسلم فرق بينهما لكونها
امة كتابية وذكر بعض الشيوخ عن المذهب في هذه المسئلة اربعة اقوال
احدها ان السبي يهدم النكاح سبيا جميعا وقدم احدهما بامان ولا سبيل سبيا
لتركه على النكاح الا بتجديد نكاح الثاني ان السبي يبيح فسخ نكاحهم
الا ان تقدم احدهما بامان الثالث انهم على نكاحهم الا ان تسبي هي فيفوتها
سيدها بوطء قبل ان تقدم زوجها الرابع ان سبيا جميعا او سبي هو واستبقي
من القتل فهم على نكاحهم وان سبيت هي قبل حلت لمالكها والاظهر من هذا
كله قول المولف لانه اسعد بظاهر الاية وهو ظاهر المدونة عند جماعة من
شراحها وهو قريب من مذهب الشافعي فان قلت قول ابي سعيد في الحديث من

احل ازواجهن



احل ازواجهن من المشركين ظاهر في انهم لم يسبيا جميعا وان السبي كان في
النساء خاصة كما هو مذهب ابي حنيفة وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة
عند بعضهم وانهما اذا سبيا جميعا كانا على نكاحهما قلت فظاهر هذا ان
ينتهض الا ان عموم الاية جرى على سبب وهو المذكور في الحديث وقد علمت ان
الصحيح اعتبار عموم اللفظ لا خصوص السبب والله تعالى اعلم وقد بقي في المسئلة ما يتعلق
بظاهر المدونة وكلام اشهب وابن قسيط فيها تركناه لاجل عدم الحاجة هنا وقوله
والجمع بين الاختين وكل محرمين يعم هذا النوع هو الذي اشار اليه عند تعديد الموانع
بقوله والمحرمة الجمع مع محرم او مع اربع وهو ينقسم قسمين احدهما محرمة الجمع
مع محرم والاخر وهو الذي ياتي بعد هذا في قوله والزيادة على اربع ممتنع واولا بقوله
وكل محرمين ان تكون بين المراتين حرمة من قرابة او رضاع على ما يقوله في الضابط
بعد فان قلت اذا كان مراده بهذه الكلية هذا المعنى فلم قدم عليها قوله
والجمع بين الاختين وهلا استغنى بالكلية عنه لانه احد جزئيها قلت اتى
بذلك الكلام اولا لانه مدلول قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين تبركا بالاية
الكريمة ثم عطف عليه الكلية المذكورة تتميما للفائدة وهذا داب
العلماء في مثل هذا كما فعله ابن الجلاب رحمه الله تعالى في قوله اول كتابه يستحب
لمن استيقظ من نومه غسل يديه ثم عطف عليه قوله وكذلك لكل مستيقظ
الطهارة اشارة منه لهذا المعنى وتقييدا للمسائل المختلف فيها التي ذهب فيها
هو الى غسل اليدين لقوله صلى الله عليه وسلم اذا استيقظ احدكم من نومه الا كما
نهم عنه بعض من اختصر كتابه فراى هذا تطويلا فمنه تغيير العبارة بان قال
يستحب لكل متوضئ وما اشبه هذا من العبارة فانت ترى المولف رحمه الله تعالى
مع حرصه على الاختصار كيف تركه رعيا لهذا المعنى الذي نبهناك عليه
فان قلت ما الذي اراد المولف بقوله والجمع بين الاختين هل العموم في النكاح
وفي ملك اليمين او الخصوص في النكاح قلت الخصوص لوجهين الاول انه القدر
المتيقن ارادته من الاية والثاني قوله بعد هذا وفي معنى النكاح وطء اليمين
وكلامه في الضابط ظاهر التصور مشهور بين الطلبة لا يحتاج الى تفسير وقوله

باثني وزيد من القرابة لاجل المراة مع ام زوجها ومع ابنته اي وزيد في هذا
اللفظ في الضابط المذكور باثر قوله كل امراتين بينهما لانه لو لم يزد ذلك
وقيل كما قال بعض المتقدمين كل امراتين يمتنع نكاحهما لو كانت احداهما
ذكرا لدخل فيه صورتان من صور اباحة الجمع وهما المراة مع ام زوجها والمراة
مع ابنة زوجها فان قلت هذا الذي ذكرته ظاهر من حيث المعنى لا من كلام
المولف لان المولف لم يزد شيئا ان قال لاجل المراة مع ام زوجها ومع ابنته فلا يعلم
هل اراد لاجل ادخال هاتين الصورتين او لاجل اخراجهما قلت لا يمكن ان
يريد لاجل ادخالهما لان القيد المذكور لا يقتضي ادخالهما اصلا وايضا فان
القيود المذكورة في الكليات والرسوم والحدود انما تذكر لاخراج
مقابلها لا لادخاله **وقوله** فتحرم اختها وعمتها الخ لما بين الكلية
ذكر الجزئيات تانيسا وتمكينا للمعنى ولانه ربما وقع الشك في فهم بعض
تلك الجزئيات لبعض الناس ولما كان فهم الكلية سببا لفهم هذه الجزئية
حسن منه ادخال حرف السبب وهو الفا وكثيرا ما يفعل رحمه الله تعالى هذا
المعنى وهو حسن منه وقد تقدم التنبيه عليه غير مرة ولما كان هذا الفصل
مذكورا لتحريم الجمع اكتفى بقوله فتحرم اختها وعمتها واستغنى بذكر
العمة عن ذكر بنت الاخ ولذلك استغنى بذكر الخالة عن بنت الاخت لان التحريم
من الطرفين معا لا من جهة العمة والخالة ومعنى قوله وان علت اي ان عمة الاب
التي هي اخت الجد يحرم جمعها مع حفيدة اخيها كما يحرم جمع العمة مع ابنة
اخيها ومعنى قوله لاب او لام يحتمل لان يريد ان العمة قد تكون اختا للاب
من ابيه خاصة او اخته من امه خاصة فاذا حرم جمع العمة للاب او للام فاحرى
العمة الشقيقة واستغنى عن ذكرها لاجل ذلك ويحتمل لان يريد ان العمة
كما تكون من جهة الاب فكذلك تكون من جهة الام لان اخت الجد للام تسمى
عندهم عمة والحاصل ان عمة الام عمة وكذا عمة الجدة للاب او للام وقد ذكرن
فيمن يحرم على الرجل وتم الاية على دخولهن في قوله تعالى وعماتكم وخالاتكم
واذا فهمت هذا في العمة فافهمه في الخالة على الوجهين المذكورين فلا نطيل ببيانه

وقوله فان جمعهما



**وقوله** فان جمعهما فسخا ابدا يعني فان جمعهما في النكاح في عقدة واحدة
فسخ نكاحهما دخل بهما او بواحدة منهما او لم يدخل ولذلك اذا دخل وطال
وكثرت الاولاد وقد تقدم الاستدلال بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
وخرج الترمذي عن فيروز الديلمي قال قلت يا رسول الله اني اسلمت وتحتي اختان
قال اختر ايتهما شئت قال هذا حديث حسن وانما وقع الخيار في احداهما ولم يفسخ
نكاحهما معا لما سنقف عليه بعد هذا ان شاء الله تعالى وخرج ايضا عن
ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تنكح المراة على عمتها او العمة
على بنت اخيها والمراة على خالتها والخالة على ابنة اختها ولا تنكح الصغرى
على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى قال هذا حديث حسن صحيح ولا خلاف
في فسخه اذا وقع غيرما اورد الناس على مذهب ابي حنيفة الذي يقول
ان النهي لا يدل على فساد المنهي عنه ولا يرد عليه اذا تامل **وقوله**
ويفسخ نكاح الثانية ابدا بغير طلاق يعني انه وقع مجتمعا على فساده فيفسخ
مطلقا كسائر الانكحة المجمع على فسادها **وقوله** ويقبل قوله الا ان
تخالفه المتروكة فيحلف للمهر يعني ويقبل قوله في تعيين الثانية ان وافقته في
ذلك فان خالفته وهو مراده بالمتروكة وزعمت انها هي الاولى فيحلف
على ذلك من اجل المهر فاما قبول قوله في تعيين الاولى والثانية فهو المنصوص
لاشهب ووافقه عليه ابن المواز وغيره وقال بعض الشيوخ الجاري على مذهب
المدونة في مسئلة المراة يزوجها ولياها من رجلين ولا يعلم الاول منهما انه لا يقبل
قوله هنا وقد تقدمت الاشارة لمسئلة المدونة هذه والكلام عليها حيث
ذكرها المولف واما حلفه لاجل سقوط نصف المهر ورد دعوى المراة فهو
قول ابي الوليد الباجي وغيره وهو صحيح لوجود النكاح مقترنا بشروطه
واركانه غير ان الشك موجود في بعض موانعه فلذلك توجهت اليمين
بخلاف دعوى المراة على رجل النكاح لا يلزمه يمين ولو اقامت على ذلك
شاهدا على ظاهر المذهب فان النكاح لم يثبت **وقوله** ويفسخ حينئذ
بطلاق هذا ايضا من كلام ابي الوليد الباجي لاحتمال ان تكون هي الاولى ولانه

لو نسخ بغير طلاق لما توجهت دعواها في الصداق اذ الصداق قبل البنا من
لوازم النكاح الصحيح والسنة والله اعلم وللمسألة فروع كثيرة اضربت عنها لاجل
ان المؤلف لم يتعرض لها وخشية الاطالة **وقوله** ويحل بزوجها ببينونة
الاولى الى اخره يعني يحل له تزويج اختها وما اشبهها اذا بانت الاولى لانه وبينونتها
منحصرة في ثلاثة انواع الخلع والطلاق المقصر عن الثلاث وطلاق الثلاث
وخروجها من عدة الطلاق الرجعي ووافق ابو حنيفة على الاخير منها وخالف
في الاولين وجمع المؤلف الثلاثة تحت جنس البينونة اشارة للرد على المخالف
لانها مطلقة بائن من مطلقها فتباح اختها له اصله الرجعية اذا بانت
**وقوله** فان قال انقضت واكذبته الى اخره يعني اذا قال في الرجعية
انقضت عدتها لم يقبل قوله في تزويج اختها وما في معناه ولو مضى لطلاقها
ثلاثة اشهر كما لا يقبل قولها في اسقاط نفقة العدة وسكناها قال بعضهم
ويختلف في النفقة والسكنى وانظر ما يتعلق بدعواه هنا في اباحة اختها
مع ماله في المدونة وفي كتاب ابن المواز في الذي بنى بزوجه وادعت المسيس
وانكره هل يحل له ذلك لمن طلقها ثلثا وقول مالك وابن القاسم فيها ويشبه
هذا الفصل ايضا اختلاف المذهب في المطلقة الرجعية يريد ارتجاعها فتقول
انقضت عدتي ولذلك اختلاف المتبايعين في انقضاء من العدة وهذا اذا
كذب كل واحد منهما صاحبه فاما ان لم يكذبها هو وتمسك بظاهر
الحال فقال بعض القرويين اذا اراد نكاح اختها فقالت احتبس الدم عني لم
مصدقة حتى تمضي لها سنة فان ادعت التحريك بعد السنة لم تصدق
على الزوج لان ذلك يظهر فينظر النسا اليها فان صدقها النسا والا لم يلزم الزوج ان
يتربص الى اقصى حمل النساء ومن هذا ما قاله ابن زرب فيمن مات وادعت امراته
انها حامل وورثته عصبة فارادوا القسمة ومر لها عامان فانكر ان ارى
ان ينظر اليها النسا قال وانظر حسن اذا استبان الولد وفي العتبية في التي
لا ترضع انها مصدقة انها لم تحض فيما بينها وبين سنة مع يمينها ويكون لها
الميراث ولا تصدق اذا انقضت السنة فطلبت الميراث وزعمت ان عدتها لم تنقض

لان لها



لان لها حسا تجده في بطنها فينظر اليها النسا فيصدقنها فيما ادعت من ذلك
فانظر ذلك كله مع كلام ابن رشد عليه في كتابه ولولا الاطالة مع الخروج
عن كلام المؤلف لجلبناه **وقوله** وفي معنى النكاح وطء الملك بعض اذ في
معنى تحريم جمع محرمين في النكاح جمعهما في ملك اليمين للوطء واما جمعهما للخدمة
فجائز ثم لا يجوز الجمع بين اختين ولا بين امة وعمتها او خالتها في ملك اليمين
للوطء وفي الموطأ عن عثمان رضي الله تعالى عنه وسأله رجل عن الاختين من ملك
اليمين هل يجمع بينهما فقال احلتهما اية وحرمتهما اية واما انا فلا احب
ان اصنع ذلك قال فخرج من عنده فلقي رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم فسأله عن ذلك فقال لو كان لي من الامر شي ثم وجدت احدا فعل ذلك
لجعلته نكالا قال ابن شهاب اراه علي بن ابي طالب وعن الزبير بن العوام
مثل ذلك قال ابن حبيب يريد باية التحليل قوله تعالى والذين هم لفروجهم
حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وقوله تعالى والمحصنات
من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال فعم ولم يخص اختين من غيرهما
واية التحريم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف قال غير
ابن حبيب ان الذي عناه عثمان رضي الله تعالى عنه باية التحليل هو قوله تعالى
والذين هم لفروجهم حافظون الاية وكانه اقرب ولو اراد ما قال
ابن حبيب لقال احلتهما ايتان ورجح الجمهور التحريم من وجهين احدهما ان اية
التحليل دخلها التخصيص دخولا متفقا عليه لانه لا تحل ذات المحرم ولا
الاخت من الرضاع مع انطباق عموم الاية على من ذكر واما اية التحريم
فدخول التخصيص فيها يختلف فيه لانها عندنا على عمومها وعند المخالف
مخصصة وقد تقرر في اصول الفقه ان العموم الذي لم يدخله تخصيص
مقدم على العموم الذي دخله التخصيص الثاني ان اية التحريم جات لبيان
حكم من يحل وطيه ومن يحرم واية الاباحة انما جات للثنا على من
اجتنب الحرام واقتصر على الحلال فلم تات لبيان الاحكام وقد تقرر
ايضا في اصول الفقه ان اخذ الاحكام من مظانها اولى من اخذها لا من

مطابقها وتنبيها على الاول لا نسلم حصول الاتفاق على دخول التخصيص في اية
التحليل وما ذكر نوع من خال الخالة ومن ذكر معها فقد قال خلق كثير انه
لا تستقر الملك عليها فنفس الملك تعتق بالايمان فرض هذه الصورة والحاصل
ان كل واحد من العمومين مختلف في دخول التخصيص فيه فيبطل الترجيح من
هذا الوجه ونقول على الثاني ايضا انا وان سلمنا قوله تعالى والذين هم لفروجهم
حافظون انما جا للثناء على قوم ولم يجي لبيان احكام من يحل ومن يحرم من
النساء الا ان قوله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم جات
لبيان احكام من ذكر والكلام يتسع في هذا المقام والمقصود تنبيه
الطالب على مباديه فلنقتصر على هذا **وقوله** فان وطي احداهما حرمت
الاخرى يعني لانها لو لم تحرم لجاز الجمع والتقدير خلافه **وقوله** ما لم يحرم
الموطوءة ببيع قال اياس بن عامر سالت علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه فقلت
له ان لي اختين مما ملكت يميني اتخذت احداهما سرية ثم ولدت لي اولادا
ثم رغبت في الاخرى فما اصنع فقال تعتق التي كنت تطا ثم تطا الاخرى
فقلت ان ناسا يقولون بل تزوجها ثم تطا الاخرى فقال علي ارايت ان طلقها
زوجها او مات عنها اليست ترجع اليك لان تعتقها اسلم لك ثم اخذ علي
رضي الله تعالى عنه بيدي فقال انه يحرم عليك مما ملكت يمينك ما يحرم
عليك في كتاب الله تعالى ولا خلاف ان البيع يحرمها ويباح له وطي الباقية في
ملكه بعد خروج المبيعة من الاستبرا واما الكتابة فالمنصوص في المذهب
انها مثله كما ذكر المولف وعمرها بعض الشيوخ وفرق بينها وبين البيع
بانها تعجز في الكتابة فترجع اليه والبيع لا ترجع اليه الا بفعل نفسه
**وقوله** او تزويج صحيح تقرر ان عليه كون التزويج صحيحا يستلزم ان يقرر عليه
فلفظ تقرر عليه كالحشو الا ان يريد به الاشارة الى النكاح المنهي عنه
الذي يفوت بالعقد او بالدخول اذا لم يعثر عليه في هذا الباب حتى حصل الدخول
فيصح الا ان فهم هذا من كلامه عسر وعمر ايضا ذاك الشيخ التزويج
بالوجه الذي عمر به البيع الا انه تردد هنا وقد تقدم حديث علي رضي الله تعالى عنه

تحريم

والعموم

والعتق تحريم كان ناجزا او موجلا لانه يمنع من الوطي ومقدماته ولذلك
الاسر لانه يشبه البيع وان كانت خرجت من يده بغير اختيار الا ان
عودها الى يده على الملك الاول في غاية البعد ولا يتصور الا بان يغنم
المسلمون بلادهم ويغنموها ويجدوها هو قبل القسم وما اشبه ذلك من
الصور النادرة كما لو وهبها الحربي لمسلم فلا يراعى ذلك والله تعالى اعلم
والاباق مع الاياس من العودة يشبه الموت وجعله في المدونة مع الاسر
كما فعل المولف **وقوله** ولا اثر لعارض كحيض او عدة شبهة لما قدم ما
يحصل به تحريم الموطوءة ذكر هنا ما يتوهم انه مثله وليس مثله فذكر
الحيض ولا امترا في انه لا اثر له لانه لا يمنع الا من الوطي في محل مخصوص
زمن قصير ولا يمنع من مقدمات الوطي مطلقا ومن شرط ما يقع به تحريم
الموطوءة في هذا الباب ان يمنع مقدمات الوطي كما يمنع من الوطي نفسه
وكذلك عدة الشبهة كالمغلوط بها زمانها قصير وان كان اطول من
زمن الحيض واختلف في مقدمات الوطي في بعض صورها ولتقييد العدة
بالشبهة حسن لا بد منه لانها لو كانت من نكاح صحيح لكان النكاح
وحده محرما والعدة من توابعه والردة وان كانت تحرم الوطي في الحال
الا ان زمن الاستتابة قصير وهو ثلثة ايام عند من يقول بالاستتابة
والغالب مع تقدم الاسلام والخوف من القتل الرجوع الى ما كانت عليه
والله تعالى اعلم والاحرام يشبه في زمنه الحيض وان كان اقوى في
المانعية والظهار ليس بكاف في هذا الباب وان كان يحرم الوطي
ومقدماته قال في المدونة لانه قادر على رفعه بالكفارة **وقوله**
ولا بهبتها لمن يعتصرها منه يعني لقدرته على اخذها منه بالاعتصار فقال
هذا لو كانت صدقة لكفت اذ لا اعتصار في الصدقة الا ان الشيخ
ابا بكر بن عبد الرحمن قال لو وهب احداهما لابنه الكبير او الاجنبي
لم تحل له اختها حتى يقبضها الموهوب له لان الواهب لو اعتقها قبل قبض
الموهوب له او اجلها لمضى فعله فيها وانتقضت الهبة فعلى هذا يستوي

حكم الهبة والصدقة قبل القبض ويفترقان بعده وكذلك اليتيم في حجر
هو قادر على اخذ ما وهبه له بالبيع منه والحري في البيع الفاسد لانهما مجبوران
على فسخه الا اذا فات فانه وان فسخ فالتفاسخ انما يكون في القيمة والجارية
باقية على ملك مشتريها **وقوله** ولا صحيح دلس بائعه بعيب يعني ان البيع
وحده كاف كما تقدم اذا لم يكن في المبيعة عيب ولذلك ان كان بها عيب علم
به البايع واما ان علم به ودلس على المشتري فليس يبيح وطء الباقية لانه
معرض للفسخ وهي في ضمان البايع ان هلكت من ذلك العيب فكان الملك لم
ينتقل عنه وظاهر المدونة انه لا فرق بين التدليس وغيره فاذا بيعها وان باعها
وبها عيوب حلت له اختها وهو بيع تام حتى يردها واظن ان هذا الاصل
مختلف فيه ويعني قوله ولا لاستبرا قد تقدم في اول الفصل وكذلك بيع الخيار
لا يكفي في تحريم فرج المبيعة لعدم انعقاده والعهدة مثله لانها على ملك
البايع في المعنى لان النفقة على البايع وهذا في عهدة الثلاث كما ذكر
**وقوله** فلو وطئ منع منهما حتى يحرم ايتهما شا يعني فلو وطئ الثانية بعد
ان وطئ الاولى منع منهما حتى يحرم فرج من شاء منهما وكان الاقرب ان يمنع
من الثانية خاصة الا ان يبادر هو بتحريم الاولى لان وطء الاولى اباح فلا يمنع
من التمادي عليه ووطيه للثانية الممنوع قال في المدونة فان حرم فرج الثانية
اقام على وطء الاولى وان حرم الاولى لم يطا الثانية حتى يستبري لفساد وطيه
قال بعض الشيوخ يريد وان عاود الاولى قبل ان يحرم الثانية وقف عنهما وان
حرم لم يصب الثانية الا بعد الاستبرا قال في المدونة فان باع التي وطئ ثم وطئ
الباقية ثم اشترى المبيعة تمادى على وطء الباقية ولو لم يطا الباقية حتى
اشترى المبيعة وطئ ايتهما شا وهذا ظاهر اذا لم يتهم في بيعه واسترداد
المبيعة لانه كان قادرا على وطء الباقية ولو لم يسترد المبيعة فاسترداد
لها لا يمنعه من وطء الباقية **وقوله** ولو ملك فوطئ ثم عقد او العكس لما تقدم
حكم الجمع بين الاختين في النكاح وحكم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين
ذكر هنا حكم ما اذا كانت احداهما بالملك والاخرى بالنكاح وله
صورتان



صورتان احداهما ان تقدم الملك ووطء المملوكة ثم ينكح اختها والثانية
عكسها فاما الاولى فذكر فيها ثلثة اقوال احدها قول ابن القسم في المدونة
انه لا يعجبه ذلك ابتداء فان وقع لم يفرق بينهما الا انه يوقف عنهما حتى يحرم
ايتهما شا قال ابن دينار بنا على هذا القول احب الي ان يحرم فرج التي كان يطا له
حينئذ وطء الثانية والقول الثاني انه لا يوقف عن الزوجة والعقد عليها محرم
للامة وهذا القول في المدونة لاشهب وتقله عنه ابن المواز ايضا ونقل ابن حبيب
عن اشهب انه يقف عن وطء التي تزوج حتى يحرم فرج الامة والقول الثالث
ان كان النكاح مفسوخ وهو قول لابن القسم في المدونة واختاره سحنون وهو
مذهب ابن الماجشون ومطرف واصبغ وهو الاقيس عندي كما اشار في المدونة
سيا توجيه القول الاول انه لا يجوز النكاح الا حيث يجوز الاستمتاع فان قلت
تقول توجيه انه يجوز الاستمتاع بالزوجة والعقد عليها تحريم للامة كما قال
اشهب قلت التحريم في هذا الباب انما يكون بما يفعل في المحرمة من بيع
او كتابة على ما تقدم لا بما يفعل في غيرها وها هنا لو حرمت لكان ذلك بالعقد
على غيرها **وقوله** ولو عقد ثم اشترى ثم وطئ الاولى هذه هي الصورة الثانية
وهي عكس الاولى ان يتقدم عقد النكاح على احداهما ثم يشتري الثانية فانه
يطا الزوجة ولا اثر لشرائه اختها كما لو كانت في ملكه قبل عقد النكاح
ولكنه لم يكن وطئها **وقوله** فلو وطئ المشتراة كف عنهما حتى يحرم
من شا يريد فلو وطئ المشتراة في هذه الصورة بعد عقد النكاح على الاولى
كف عنهما حتى يحرم من شا منهما ويكون الحكم في هذه الصورة مثله لو كانتا
امتين ووطيهما وقد تقدم ما فيهما من الاشكال وما يتفرع على هذا الوطء من الاستبرا
فان اختار تحريم الامة فقد تقدم ما تحرم به من بيع وعتق وغير ذلك وان اختار تحريم بلغ
الزوجة فالطلاق البائن تحريم وكذلك الرجعي اذا خرجت من العدة واما ان لم تخرج
فليس بتحريم اما قول من يرى انها مباحة فلا اشكال واما على قول من يرى انها
محرمة فلان رفع التحريم بيده كما تقدم في تحريمها بالظهار ولو قال في تحريم
الزوجة ان وطئتها فهي طالق ثلثا او قال في الامة ان وطئتها فهي حرة فقال

بعض الشيوخ يجري ذلك على الخلاف في تمكينه من وطئها وهو آخر أصبغ لا كما
أشار إليه بعضهم من تضعيفه واخدام الامة الزمن الطويل يحرم لها وأما
الزمن القصير فلا وذكرنا هذا الفرع هنا وموضعه قبل هذا على أنه قد بقيت
من الفصل فروع أضربنا عنها خشية الإطالة ولعدم إشارة المؤلف إليها **وقوله**
والزيادة على أربع الى قوله ابن وهب معناه أن الزيادة على أربع زوجات حرام مطلقا
في حق الحر والعبد والاثنتان فادون مباح مطلقا في حقهما والثالثة والرابعة مباح
في حق الحر مختلف فيها في حق العبد فأجازهما جمهور أهل المذهب ومنع ابن وهب
وهذا هو النوع الثاني من نوعي تحريم الجمع فأما تحريم الزيادة على أربع فلا خلاف
فيه بين أهل السنة وحكي عن بعض المبتدعة جواز الزيادة على ذلك ممن لا يعبأ
من ينسب إليهم من غير حصر ومنهم من يبلغ به إلى التسع خاصة ولا حجة
لهم في قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع لأن
المعنى في لسان العرب فانكحوا ما طاب لكم من النساء اثنتين اثنتين وثلاثا
ثلاثا وأربعا أربعا هذا موضوع هذه الألفاظ في اللسان فالآية حجة للجمهور
لا عليهم ولا حجة لهم أيضا في أنه صلى الله عليه وسلم توفي عن تسع لأن ذلك
خصائصه صلى الله عليه وسلم بالدليل الدال عليه وهو حديث غيلان الثقفي
وسيأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى وحديث الحارث بن قيس وأما ما زاد على الاثنتين
في حق العبد إلى الأربع فاضطرب العلماء في ذلك فمنهم من تمسك بظاهر الآية المتقدمة
والمتبادر إلى الذهن منها العموم في حق الحر والعبد ومنهم من رأى سياقها إنما هو
في حق الحر خاصة لأن قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله فإن خفتم
أن لا تعدلوا ظاهر في أن ذلك في حق المتصرف ولا يتأتى إلا من الحر **وقوله** فلو نكح
خمسا في عقد فكالأختين قد تقدم أن الأختين إذا جمع بينهما في عقد فسخ أبدا
وكذلك هنا **وقوله** وأما الجمع بين أربع وسمى لكل واحدة صداقا فأصح
هذا الفرع لا يناسب هذا الفصل كل المناسبة وذكره في فصل الصداق
أولى وظاهر كلام المؤلف أن هذه الصورة معراة من الخلاف وقد أطلق القول
بالإجازة فيها في المدونة مع أن هذه المسألة عنده من باب جمع الرجلين سلعتيهما

في البيع



في البيع ومن أجازه لافتقار إذ لا يتصور الملك كالمالك الواحد والمالك
الواحد إذا جمع سلعه في عقد لا يلتفت إلى التسمية ثمن كل سلعة منها عند
الاستحقاق أو طرو العيب وقال بعض الشيوخ في مسألة النكاح هذه لا خلاف
في جوازها هذا إذا لم يكن نكح إحداهما بشرط الأخرى أو كان بشرط وسمى
لكل واحدة صداق مثلها وعطف عليه إذا سمى لكل واحدة ونكح الأخرى
على القول فيها لبعض الشيوخ ولو سمى لكل واحدة صداقها وهما في عقد واحد وكان
على شرط أنه إنما تزوج إحداهما بشرط تزوج الأخرى يريد ولم يكن ما سمى لكل
واحدة صداق مثلها فاختلف المتأخرون في ذلك على قولين أحدهما إجازة نكاحهما
ذهب إليه ابن سعدون ولم يره كالبيوع وخالفه غيره ورآه مثل البيوع لا يجوز
إلا أن يكون ما سماه لكل واحدة صداق مثلها **وقوله** فإن جمعهن في صداق
واحد الى آخره هذه قسيمة التي قبلها لأن هذه جمعهن في صداق ولم يسم لكل
واحدة منهن ما يخصها فنسب المؤلف إلى المدونة المنع وهو مذهب بعض الشيوخ
في فهم هذه المسألة من المدونة ومنهم من فهم منها الكراهة لأنه قال في أصل المسألة
لا يعجبني ذلك وظاهره الكراهة وقال فيما إذا طلق أو مات بعد أن قيل له ماذا
يكون لها فقال لا يجوز وظاهر هذا المنع وما فهمه المؤلف أرجح لأن لفظة
لا يعجبني كثيرا ما يستعملها الإمام في التحريم ولا يوجد له استعمال لا يجوز في
الكراهة ولا سيما بعد الوقوع وقول أصبغ محكي عن مالك وابن نافع وابن دينار
ومذهب أكثر الشيوخ **وقوله** وعلى المنع في فسخه قبل البناء قولان
يعني أنه لا يختلف في عدم الفسخ بعد البناء واختلف فيه قبل البناء إذا فرعنا على
القول بمنعه فذهب الشيخ أبو محمد إلى أنه يفسخ ولا شيء لها وذهب غيره
إلى أنه لا يفسخ وإن طلقها حينئذ لم يكن لها نصف الصداق وهذان القولان عند
المتأخرين مبنيان على المنع ابتداء هل هو على الكراهة أو على التحريم **وقوله**
وعلى الجواز أو الإمضاء فقيل بتعيين صداق المثل أو قسمة المسمى قولان يعني إذا فرعنا
على قول أصبغ وهو من رأيه يقول على الجواز أو فرعنا على القول بعدم الفسخ قبل البناء
في الفرع الذي قبل هذا فقيل بتعيين صداق المثل لكل واحدة ولا يلتفت إلى المسمى

او انما يدفع لهما صداقهما المسمى لهما فيقتسمانه على صداق مثلهما وفي ذلك قولان
وظاهر كلام المؤلف ان هذين القولين موجودان قبل الدخول وبعده وان كلا
منهما من نوع القول بالكراهة وقال غيره انما يوجدان هكذا بعد الدخول وان
القول الاول منهما مفرع على القول بالمنع خاصة الذي يقول انه يفسخ قبل الدخول
وان القول الثاني منهما مبني على القول بالكراهة والتحقيق ان القول الاول منهما
لا ياتي الا بعد الدخول والقول الثاني يصح فرضه قبل الدخول وبعده **وقوله**
المستوفاة طلاقا هذا نوع ثالث ايضا من انواع موانع النكاح وهو كون المراة
مستوفاة الطلاق الذي جعل لزوجها وعدد عند اهل المذهب ثلاث للحر
من غير مبالاة بزوجته سواء كانت حرة او امة واثنان للعبد من غير مبالاة
بزوجته ايضا حرة كانت او امة حاله فالمعتبر السلطة فقال طلاق
العبد الحرة ثلثا وطلاق الحر الامة اثنين ولم يعتبر الطلاق بالرق منهما وقال
بعضهم اتفقوا على ان الرق سبب في تشطير الطلاق واختلفوا في جانب من يعتبر فقيل
جانب الزوج وقيل جانب الزوجة وقيل اي الجانبين كان رقيقا تشطر الطلاق من اجله
وفي الموطا ان نفيعا كان مكاتبا لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم او عبدا كانت
تحته امراة حرة فطلقها اثنتين ثم اراد ان يراجعها فامر ازواج النبي صلى الله عليه وسلم
ان ياتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج اخذا بيد زيد بن ثابت
فسالهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك وقوله لا تحل بملك
ولا عقد حتى تنكح زوجا غيره من تمام ما قبله وهو جملة في موضع الخبر عن المبتدا
الذي هو المستوفاة طلاقا وقوله وهو ثلاث للحر واثنان للعبد كالاعتراض
لانه تفسير لقوله طلاقا ثم قوله لا تحل بعقد ولا ملك يحتمل ان يريد لا تحل لمن
استوفى طلاقها بعقد غير النكاح عليها دون وطء كما هو مذهب
سعيد بن المسيب وحكي عن سعيد بن جبير ولا بملك غير له وان وطئها سيدها
فانه مختلف فيه ايضا فجمهور العلماء على انها لا تحل لمطلقها الذي بت طلاقها بوطء
سيدها وحكي عن عثمان والزبير وزيد بن ثابت انها تحل له بذلك وروي ان عثمان
سئل عن ذلك وعنده علي وزيد فقال عثمان وزيد هو زوج ورخصا في ذلك

فقام على

لا يحل المطلع على هذه الصفحة [illegible]

فقام علي مغضبا فقال ليس بزوج ويحتمل ان يريد انها لا تحل لمطلقها بعقد
نكاحه هو عليها ولا بملكه لها ان اشتراها فاما انها لا تحل له بعقد
نكاحه فبالاجماع ونص الكتاب والسنة واما انها لا تحل بملك اليمين
فهو مذهب الجمهور وروي عن ابن عباس وطاوس والحسن انها تحل له بملك يمينه
ومثله عن عطاء والرد على جميعهم ما على ابن المسيب ومن وافقه ظاهر من
قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره لان الله تعالى نفى الحلية
التي هي اعم من حلية النكاح وحلية ملك اليمين ونفي الاعم مستلزم لنفي
الاخص وجعل ذلك النفي مغيا بنكاح غير زوجها ووطء سيدها ليس
بنكاح زوج فلا يكون غاية ورد على سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه بعض
الائمة وذلك ان ابا علي الفارسي قال فرقت العرب بين قولك نكح فلان زوجه
وبين قولك نكح فلان فلانة فيريدون بالاول الوطء وبالثاني العقد او ما هو
محتمل لهما وهذا معنى ما نصت عنه حكي عنه فقيل بناء على هذا ان قوله تعالى
حتى تنكح زوجا غيره من القسم الاول فوجب ان لا تستباح بالعقد وحده لان
الغاية ما بعده وفي الصحيح من طريق عن عائشة رضي الله تعالى عنها ان رفاعة
القرظي طلق امراته فبت طلاقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فجاءت
النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله انها كانت تحت رفاعة فطلقها
اخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وانه والله ما معه
الا مثل هذه الهدبة واخذت هدبة من جلبابها قالت فتبسم رسول الله صلى
الله عليه وسلم ضاحكا وقال لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق
عسيلتك وتذوقي عسيلته وابو بكر الصديق جالس عند رسول الله صلى
الله عليه وسلم وخالد بن سعيد بن العاصي بباب الحجرة لم يؤذن له فطفق خالد
ينادي ابا بكر الا تزجر هذه عما تجهر به عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم ان المؤلف رحمه الله تعالى ذكر قيودا فيما تحل به المستوفاة الطلاق لمن طلقها
وهي خمسة وابتدا بالاخير منها طلبا للاختصار وهو اباحة الوطء الذي يكون
به التحليل احترازا من الوطء في الحيض وفي معناه النفاس ومن الوطء في الاحرام

كما ذكر من الوطء في الصيام ونحوه من الاعتكاف وما اشبه ذلك من
الموانع وذكر فيه قولين المشهور منهما الاشتراط اباحة الوطء والشاذ عدم
اشتراطه وهو مذهب ابن الماجشون وظاهر كلام المؤلف ان هذين القولين
بكل صيام سواء كان واجبا او تطوعا في قضاء رمضان او غيره وهو راي الباجي
وراى انه ظاهر المدونة والموازية وهو الذي اختاره ابن رشد وقال ابن حبيب بعد ان اختار
قول ابن الماجشون ان القولين فيما عدا صيام التطوع وقضاء رمضان والنذر غير المعين
وان الوطء فيه يحل اتفق عليه قول مالك واصحابه وهذا اختيار اللخمي وهو نص
مذهب المدونة وفي العتبية عن ابن القاسم انه لا يحلها وطء الصائم في رمضان وقد روى وقف
في صوم التطوع وعند ابن رشد قولا ثالثا وفيه نظر وظاهر الحديث يشهد لابن الماجشون
لانه صلى الله عليه وسلم اوقف الاباحة على ذوق العسيلة والفرض انها حصلت ومن هذا
المعنى الاختلاف اذا وطئها قبل ان تغتسل من الحيض بعد ان رات علامة الطهر فيجري
على الخلاف في اباحة وطئها حينئذ ثم رجع المؤلف الى بيان بقية القيود المذكورة وابتدا
بالاول فقال ولا تحل بوطء ملك وقد تقدم هذا وهو مقابل القول تعالى حتى تنكح زوجا غيره
قال ولا بنكاح غير صحيح وهو مقابل القيد الثاني وفساد النكاح ان كان موجبا
لفسخ النكاح مطلقا قبل الدخول وبعده فالمذهب على انه لا يقع به احلال واختلف فيه
قول الشافعي والنظر اميل الى حصول الاحلال به لان لوازم النكاح من لحوق النسب
واثبات المهر وما اشبه ذلك يجب فيه فوجب ذلك في بقيتها الا ما قام الدليل على
انتفائه منها والله تعالى اعلم واما الفساد الذي يوجب الفسخ قبل الدخول خاصة فقال الباجي
ان وطئ بعد الوقت الذي يصح فيه بعقده فانه يقع به الاحلال يعني بالمرة الثانية من الوطء
قال واما الوطء وهو الذي يفوت به النكاح ما ارى فيه نصا قال وعندي انه يحتمل وجهين
اي الاحلال وعدمه فانظر في كلامه وحاصله يرجع الى ان الوطء الواحد هل يتبعض
حكمه والخلاف فيه مذكور في غير مسئلة واشهرها اذا قال لزوجته ان وطئتك
فانت طالق ثلاثا او فانت علي كظهر امي او لامته ان وطئتك فانت حرة وغير المؤلف
من امثلة النكاح الفاسد نكاح المحلل لشهرته والاحتياج الى بيان حكمه وكون
هذا النكاح غير صحيح يستلزم كونه منهيا عنه وقد اختلف العلماء في ذلك فروي

عن الفقيه



ها هنا ربع دينار لئلا يعرى البضع عن الصداق وقد دلت السنة من
ذلك كما في حديث النكاح بغير ولي وحديث المتلاعنين فان قلت لاي شيء
ذكر المؤلف هذا الحكم هنا منسوبا الى المدونة قلت كانه استشكل
التفرقة بين كون الغرور من الولي وبينه من المراة وتقرير الاشكال فيه
ظاهر والجواب عنه ما ذكرناه الان من الحديثين والله تعالى اعلم والى مقتضى
الاشكال من التسوية بين غرورها وغرور الولي بانه يترك للولي ربع
دينار ذهب بعض الشيوخ والضمير المنفصل الذي هو خبر كان من قوله وان
كانت اياها راجع الى المراة او الى الزوجة والاحسن عند اهل الصناعة
اتصاله كما في قوله فالا تكنها او تكنه وانفصاله جائز كما في قوله
لئن كان اياه لقد حال بعدنا ولاجل عود هذا الضمير على المراة ينبغي بحسب
المقابلة اللفظية ان يضبط الولي بالنصب والغار بالرفع من قوله ان كان
الولي الغار لكنه لا تتم المقابلة من حيث تقديم الخبر في هذه الجملة وتاخيره
في مقابلتها وقوله ولذا لا من غر بالتزويج في العدة يعني ان الغرور كما
يكون بالعيب فكذلك يكون بما يوجب فساد النكاح بل هو بهذا
الوجه اقوى لانه لا خيار للزوج في استدامة النكاح قال في المدونة ومن
غر من وليته فزوجها في عدة ودخلت فسخ النكاح وضمن الولي الصداق
وان كان غير الغار ترك لها ربع دينار ورد ما بقي وقال بعض الشيوخ في
هذا الباب اذا علم الولي بالعيب وغر فالزوج مخير في الرجوع عليه او على المراة
يعني بانها لم تحب ولاجل هذا الفرع الذي ذكره المؤلف هنا يكتب اصحاب
الوثائق انها خلو من زوج وفي غير عدة منه ولو سكت عنه وكانت
ثيبا فقالت بعد ذلك كنت ناكحا او لم يات بي قرء فقال ابن عتاب اذا لم يات لها
من الوقت الذي خلت فيه ما يتبين فيه الحمل فالنكاح مفسوخ وقال ابن العطار
لا يقبل قولها اذ لعلها ندمت على النكاح وقوله ولو علم غير الولي
يعني انه لو غر من لم يتول عقد نكاحها سواء كان وليا او غير ولي فقال
انها حرة او سالمة من العيب فتبين خلاف قوله بعد ان تزوجها فلا شيء على هذا

المجبر من الصداق قال غيره ولحد هذا على القول بان الغرور بالكلام لا يوجب
الغرامة واما على القول بانه يوجب الغرامة فينبغي ان يضمن وينبغي ان يودب
الغار ويتاكد الادب على القول المنصوص بعدم الغرامة قال في كتاب
تضمين الصناع من المدونة وان سالت خياطا قياس ثوب فزعم انه يقطع
قميصا فابتعته بقوله فلم يقطع قميصا فقد لزمك ولا شي لك عليه ولا على
البايع وكذلك الصيرفي يقول في درهم تريه اياه جيد فيلفى رديا فان
فان غرا من انفسهما عوقبا ولم يغرما فانت ترى كيف حكم بعقوبة
الخياط والصيرفي حيث لا كبير خسارة فكيف بالفروج مع غرامة
جميع الصداق واما قول المولف الا ان يتولى العقد فيعني به الا ان يتولى هذا
المجبر عقد النكاح فيكون حينئذ غرورا بالفعل فيلزمه الضمان وحكى
غيره ولحد في الغرور بالفعل خلافا في سقوط الضمان ولعله يتخرج هنا ان صح نقل
الخلاف فيه فقد اشار اليها غيره ولحد الى نفيه واما قوله الا ان يخبر بانه
غير ولي فيعني به الا ان يخبر هذا الولي المتولي عقد النكاح الزوج بانه غير
ولي للمراة وانما ولي لها عقدة النكاح بعقد ولاية الاسلام فيصير
حينئذ كمن غر بالقول ولم يل عقدة النكاح فلا ضمان عليه وفيه نظر
لان الاخبار بانه غير ولي يكاد يكون وصفا طرديا **وقوله** ونبها
الامة تغر بالحرية الى اخره يعني ان الامة تغر رجلا بانها حرة فيتزوجها على
ذلك ثم يدخل بها فيتبين له انها امة فذكر المولف في الواجب لها ثلثة اقوال
احدها انه الاقل من المسمى او صداق المثل والثاني صداق المثل وان زاد على المسمى
والثالث لها الاكثر منهما حكى غيره وعن ابن حازم ربع دينار وعن سحنون
قولا لم نذكره لضعفه واظهرها القول الثاني لانه اتلاف مال الغير
على سبيل الخطا والقول الاول هو مذهب المدونة عند اكثرهم ومنهم من
فسرها بالقول الثاني وقول ابن ابي حازم مبني على قول اشهب في الامة
تطاوع رجلا في الزنا انه لا شي لها سواء كانت بكرا او ثيبا فيرى هنا انه
ثبت ربع دينار لحق الله تعالى في تصحيح الوطء ويسقط الزائد لانها لو فعلته

حراما



حراما لما كان لها شي فكذلك في الحلال اذ الوطء فيه اعذر ومنه يفهم
انكار اشهب للقول الثالث فانه لو جاز ان يكون لها الاكثر في مسلة الغرور
لكان لها الصداق اذا زنت طوعا لانه قد عابها على ربها بالزنا اشد مما عابها
عليه بالنكاح ولكن طرده هذا يوجب ضعف القول بالاقل وهو منسوب
لاشهب فالاقرب على هذا المعنى قول ابن ابي حازم ومذهب ابن القسم في مسلة
الامة الزانية طوعا الفرق بين البكر والثيب ذكره في كتاب الرهن من
المدونة **وقوله** وتزوج الحر الامة والحرة العبد من غير تبيين غرور هذا
ظاهر لان نفوس الناس تكره كل واحد من الامرين ومراد المولف ان غالب
احوال الناس القصد الى التساوي بين الزوجين في الحرية فاذا وقع العقد مطلقا
عريا عن البيان حمل على المساواة في ذلك فان قلت لم يقل المولف وتزوج الحر
الامة وعكسه من غير تبيين غرور كما فعل في غير موضع من هذا
الكتاب وهو الاكتفا بذكر لفظ العكس من غير بيان كيفية ذلك العكس
قلت لان الاصطلاح في لفظ العكس هو ان تجعل الكلمة الاولى ثانية والثانية
اولى ولو اكتفى ها هنا بلفظ العكس مريدا لهذا القدر لما افاد شيا ولكان
تكرارا لانه يصير التقدير ولو تزوج الحر الامة او الامة الحر فكل واحد
من الكلامين دل على ما دل عليه الاخر فلذلك عدل عنه الى الكلام الذي اتى به
**وقوله** بخلاف تزوج العبد الامة والمسلم النصرانية يعني فان العقد اذا وقع هنا
من غير تبيين لم يكن غرورا لحصول المساواة في تزوج العبد الامة وحصول الاحسن
للزوجة اذا تزوج المسلم النصرانية **وقوله** ولو غر المسلم النصرانية
بانه نصراني فلها الخيار ومعناه انه اظهر لها من حاله حين الخطبة ما اوهم به
انه نصراني فكان كمن دخل على شرط فلم يوجد ولا مناقضة بين هذا
الفرع وبين الذي قبله لان ما قبله ليس فيه شرط ولا ما يوهمه بل كان العقد
فيه على الاطلاق وينبغي مع ذلك ان ينظر في هذا الفرع فقد قالوا فيمن اشترى
جارية على انها نصرانية فتبين انها مسلمة انه لا مقال له الا ان يكون عليه
يمين ان لا يشتري مسلمة وسبب ذلك ان حال المسلم في اشترا الامة

لكن حال

على انها نصرانية فتخرج مسلمة اقل ضررا من نكاح النصرانية رجلا على انه
نصراني فيتبين انه مسلم والله تعالى اعلم **وقوله** واذا غر الحر بالحرية فالولد حر
قالوا لانه دخل على ان ولده حر فيوفى له بذلك ثم يعاوض السيد عنهم بقيمتهم
او امثالهم كما سيتبين ان شاء الله تعالى في الاستحقاق واصل هذا ما روي عن عمر
رضي الله تعالى عنه ولولا ذلك لكان القياس ان يكون الولد رقيقا لان خطا ابيهم
لا يبطل حق سيد امهم وهو قول ابي ثور وداود انهم رقيق **وقوله** واما العبد
فولده رقيق وقيل كالحر يعني ان العبد اذا غرته الامة بانها حرة فتزوجها على
ذلك ثم تبين انها امة فولدها رقيق قال في المدونة اذ لا بد من رقه مع احد الابوين
يعني لانه اما ان يجعل تابعا لابيه فهو رقيق او لامه فكذلك وقيل انه يكون حرا نظرا
الى شرط ابيه ودخوله على الحرية وهو من شرط ما يفيد وقد تقرر في الفرع الذي
قبله انهم غلبوا الشرط على ما اقتضته الاصول من تبعية الولد لامه واختار
هذا القول غير واحد من الشيوخ قال بعض الشيوخ وعلى القول الاول فينبغي ان لا يبطل
حق ابيهم في الصداق ان قال انما رغبت فيه طامعا انها حرة ويسقط عنه ما
يزيد صداق الحرة على صداق الامة فان قلت لاي شيء عدل المؤلف عن ان يقول هنا
فولده رقيق على المشهور الى ان قال وقيل كالحر مع ان القول الاول هو المشهور في
المذهب قلت لان في قوله وقيل كالحر اشارة الى توجيه هذا القول ومساواة
العبد للحر في ذلك لان الموجب لحرية ولد الحر من هذه الامة دخوله على انها
حرة وذلك حاصل من العبد بل هو من العبد مشترط بالتنصيص عليه وفي الحر انما
هو مشترط بمقتضى الحال فعدل عن ذلك الى هذا السياق والله تعالى اعلم **وقوله**
وتجب قيمة الولد على الزوج لا على الولي الغار يعني ان الولد لما حكم بحريته
فلا يكون ذلك مسقطا لحق سيد امهم من كل الوجوه بل يعوض عنهم القيمة
وتجب تلك القيمة على الاب لا على الولي الذي غر لانهما وان كانا معا
متسببين في اتلاف هذا الولد على سيد امهم لكن الاب اقرب الى مباشرة
الاتلاف وقد تقرر في غير هذا الموضع ان المباشر اولى بالضمان من المتسبب واما
قوله لا يوم الحكم الى آخره فيعني به ان القيمة تعتبر في الولد يوم الحكم حتى انه

لو مات

لو مات الولد قبل ذلك لم يجب فيه شيء لانه معدوم يوم الحكم فلا قيمة له
وقال المغيرة يوم الولادة لانه يومئذ اتلف على سيده وضعفه ابن المواز بانه
لو صح اعتبار القيمة يوم الولادة لما سقطت بموته بعد ذلك وهذا الذي
قاله ان صح موافقة المغيرة عليه فلا شك في ضعف قوله هذا والا فغير
واحد من الشيوخ يرون ان الموت بعد الولادة وقبل الحكم من ثمرات الخلاف
في هذه المسئلة لا انها متفق عليها كما قال ابن المواز وخرج بعضهم هنا قولا
ثالثا ان القيمة تعتبر يوم القيام من احد الاقوال في الامة المستحقة انه تعتبر
قيمتها يومئذ وهو تخريج صحيح واما حكاية المؤلف قول المغيرة على انه انفرد
به فقد وافقه على ذلك الجماعة وذكر بعضهم عن اشهب مثل قول المغيرة
**وقوله** فان قتل فعليه الاقل من قيمته او ما اخذ من ديته انما قال او ما
اخذ من ديته ولم يقل من قيمته او من ديته لانهم جعلوا ديته او ما اخذ منها
يتنزل منزلة عينه ولما كان الواجب فيه ان لو كان حيا قيمته فان كانت
هي اقل من ديته تعينت بمقتضى الحال وان كانت الدية او ما اخذ منها اقل من
القيمة وجب تسليمه لانا انما حكمنا بالقيمة في حياة الولد لما تعذر اسلام
الولد لحريته ولا مانع من اسلام الدية او ما اخذ منها **وقوله** فلو وجبت
فيه الغرة فعليه الاقل منها او من عشر قيمة الام يريد لان الغرة في السقط
بمنزلة الدية وعشر قيمة الام بمنزلة القيمة فيه فيلزم الاقل منهما قال في
المدونة والقيمة يوم ضرب قال ابن وضاح كان في المختلطة عشر قيمة امه
يوم استحقت فلم يعجب سحنونا فامرنا ان نكتبه يوم ضرب يعني لان القيمة
انما تجب فيهم اذا قتلوا يوم القتل فكذلك تقويم الام لان به تعرف قيمتهم
والله تعالى اعلم **وقوله** فان كان جنينا فيوم الولادة يعني فلو وقع التنازع
في هذه الامة قبل الولادة وهي حامل اخر تقويم الولد الى اول زمن يمكن
تقويمه فيه وهو من يوم الولادة ولهذا لو قال فان كان حملا فيوم
الولادة لكان ابين لانه ربما توهم من كلامه من لم يتامله المناقضة بينه
وبين ما قبله ولكن كلامه اولا بين لمن تامله لان الغرة انما تجب في

الجنين بعد انفصاله **وقوله** وقال اشهب لا شي للمستحق في الجميع يعني في
المسايل الثلاث التي جا كلامه هنا باثرها وهي مسئلة الجنين ومسئلة وجوب
الغرة ومسئلة قتل الولد ولم ير ان الدية في هذا الباب تتنزل منزلة الولد لانها
انما شرعت لرفع النزاع بين القاتل وولي الدم الا ترى انها لا تختلف باختلاف
حال المقتول من قوة وضعف وصحة وسقم وشرف وخسة وغير ذلك
ولتشبيهه في قوله كما اقتص من قاتله او هرب ليشير الى ما قلناه كانه يقول
الا ترى انه لا يلزم الاب شي اذا اعدم الولد سوا حصل له انتفاع تاما كما في
القصاص او لم يحصل كما يكون لو هرب القاتل وهذا الذي قاله اشهب هنا انما
يمشي على ان يكون اشهب موافقا للجماعة في ان القيمة تلزم يوم الحكم لا يوم
الولادة واما على ما حكيناه عن بعضهم من ان اشهب يوافق المغيرة وان
المغيرة لم ينفرد بذلك فالمناقضة فيه ظاهرة اللهم الا ان يكون مذهب
المغيرة واشهب على ما حكاه ابن المواز عن المغيرة ان القيمة تسقط عن الاب
بموت الولد فقد تسقط المناقضة ولكن يخلفها اشكال اخر وهو ما رد به ابن
المواز قول المغيرة فيما تقدم **وقوله** فان كان الاب عديما ففي اخذها من الولد
قولان القايل بانه يوخذ من الولد اذا كان الاب عديما هو ابن القسم في المدونة والقول
الثاني هو لغيره فيها قال في النكاح الاول من المدونة وان استحقت الامة بعد موت
زوجها ولم يدع مالا او كان زوجها حيا وهو عديم وله منها ولد موسر
فللمستحق على الولد قيمته وان كان عديما فذلك عليه ان ايسر وقيل لا شي على الولد
وقال في الامة المستحقة في كتاب الاستحقاق منها فان اخذ منه المستحق الامة
والفاه عديما اتبعه بقيمة الولد دينا وان كان الولد مليا ادى القيمة ثم لا يرجع
بها على الاب ان ايسر وان كانا مليين فذلك على الاب ولا يرجع بها الاب
على الولد وان كانا عديمين اتبع اولهما يسرا ولا يوخذ من الابن قيمة الام
في ملاء الاب او عدمه قال غيره لا شي على الابن من قيمة نفسه في عدم الاب
او يسره وما في هذين الكتابين متفق المعنى وان كان ما في كتاب الاستحقاق
اتم فايدة وقال في كتاب الجنايات من المدونة في جناية ام الولد وان جنت فلم

يحكم



يحكم فيها حتى ماتت فلا شي على السيد ولو لم تمت ومات السيد ولا مال له فلا
شي على ام الولد قال غيره هذا اذا قاموا على السيد وهو حي واما ان مات
السيد قبل قيامهم فلا شي عليه وذلك علينا هي لا تخلع الجناية فراى ان ابن
القسم وغيره قد خالف كل واحد منهما اصله في الكتابين واشار بعضهم الى الجواب
والنظر في ذلك مما يخص الكلام على المدونة واعلم ان بعض الشيوخ حكى
خلافا في الولد هل يقوم بماله ان كان له مال او لا يقوم الا وحده دون ماله
ماخذ بعضهم من قوله في المدونة ان الولد اذا كان مليا اخذت منه القيمة
انه يقوم بدون ماله لانه يستحيل ان يكون في ماله خاصة مقدار قيمته نفسه
مع ماله والا لزم ان يكون الجزء مساويا للكل فاعرفه وقد زعموا ان هذا
القول رواية في المذهب ولم يوقف عليها **وقوله** فان كانت الامة
لجده مثلا فلا قيمة لانه لو ملكه عتق ولا ولا لانه حر الضمير المضاف اليه
من قوله لجده يرجع الى الولد والضمير الذي هو اسم ان بعده راجع الى الجد والضمير
المفعول بعده راجع الى الولد والضمير الرابع من قوله لانه حر راجع الى الولد
والتقدير فان كانت الامة لجد الولد فلا قيمة للجد لان الجد لو ملك هذا الولد
عتق عليه ولا ولا له عليه لانه حر بالاصالة لا باعتاقه ومراد المولف بقوله
مثلا اي ان هذا الحكم لا يختص بهذا الفرع بل هو عام في كل من لا يبع له
من القرابة تملك هذا الولد كما لو غرت امة الابن والده لان والد الامة
حينيذ يكون اخا المستحق امه وزاد في المدونة بعد قوله لانه حر فقال
وانما اخذت القيمة فيهم بالسنة فاوجب ذلك اشكالا في هذه المسئلة لان
القيمة اذا وجبت بالسنة ولم تجب عوضا عن الولد فلا منافاة بين وجوبها
وحرية الولد فكان ينبغي على هذا ان يرد بها الوالد لولده والولد لوالده وانما
يمتنع اخذها من الولد او الوالد اذا كانت عوضا عمن يصح تملكه فلا يتحقق
اذا غرت امة الابن والده فتزوجها على انها حرة فان الاب يغرم قيمتها لولده
بمنزلة ما لو وطيها بملك اليمين وتكون ام ولد للاب وليس للابن اخذها ولا شي
على الاب من قيمة الولد والتزويج فيها للبس تزويج قالوا واما الابن الذي غرته امة

الاب بمنزلة الاجنبي يكون لها ما ان شاتها وباخذ ها الاب ولا قيمة عليه في الولد وهذا كلام صحيح **وقوله** وتوقف قيمة ولد المكاتبة فان ادت رجعت الى الاب يعني ان المكاتبة اذا اغرت من نفسها كما تقدم في الامة وعثر على ذلك بعد ان ولدت فانه توقف قيمة ولدها فان ادت المكاتبة كتابتها رجعت قيمة الولد الى الاب لانه تبين انها كانت حرة يوم تزوجها هذا الزوج وان عجزت كانت القيمة لسيدها لانه تبين انها كانت امة حين تزوجها وهذا القسم مدلول عليه من كلام المولف بالالتزام وهذا الذي حكى المولف هو مذهب المدونة وهو المشهور وقال ابن المواز اختلف اصحابنا في ذلك قال واحب الي ان تجعل القيمة للسيد فتحسب في الكتابة يعني من اخر النجوم وكانه يرى ان المكاتبة متحققة الرق ومشكوك في حريتها فاسقط المشكوك فيه وجعل القيمة كالامة وظاهر كلامه انه لا فرق بين ان تكون القيمة مثل بقية الكتابة او اكثر واشار بعض الشيوخ الى التفرقة في حال الزوج فان كان عديما وقفت القيمة وان كان مليا واني جميل تركت تحت يده وهذا كله من اختصار مذهب ابن القسم في المدونة الا انه ان كان مليا واني جميل فلا تخرج من ذمته الى امانة غيره لاحتمال تلفها فتضيع في الفرق **وقوله** ويقوم ولد ام الولد على غرره لعتقه بموت سيد امه يعني ان ام الولد اذا اغرت حرا فتزوجها ثم تبين ذلك بعد ان ولدت منه فانه يغرم قيمة ولدها على غرره ان لو جاز بيعه لذلك كذلك لانه يحتمل موته قبل سيد امه فيموت رقيقا ويحتمل موت سيده قبله فيكون حرا وهذا هو مذهب المدونة والمشهور وقال ابن الماجشون يغرم قيمته عبدا يعني لان السيد يستخدمه كما يستخدم العبد وحريته بعد هذا مشكوك فيها وعلى هذين القولين معا فقيمته يوم الحكم وقال المغيرة يوم الولادة على اصله وللمالك في ثمانية ابي زيد ان كان صغيرا لا خدمة فيه فلا شي على الاب فان اطاق الخدمة غرم اجرته كل يوم وان مات قبل ان يبلغ ذلك فلا شي عليه وان استحق بعد ان صار رجلا كان عليه من اجرته من يوم استحق قال مطرف وان مرض لم يكن عليه شي حتى يصح واذا فرعنا على مذهب

المدونة



المدونة اولا فقضا هذا الولد قبل الحكم فيه فهل يجب فيه القيمة لسيد امه على انه رقيق لان الترقب قد فقد او يبقى الامر على ما كان عليه من الترقب والاول مذهب اكثر الشيوخ والثاني مذهب ابن يونس واما لو جرح فقد تردد فيه بعض القرويين هل تكون القيمة في جرحه على الترقب ثم جزم بوجوبها على الترقب لبقا النفس التي ترقب فيها الحرية واما قول المولف وكذلك لو مات قبل القضا سقط فمعناه ان سيد امه لو مات قبل الحكم في الولد سقطت قيمتهم عن ابيهم قال بعضهم وتتفق الاقوال على هذا الا قول المغيرة يعني فانه يعتبر قيمتهم يوم الولادة فلا تسقط بموت ابيهم بعد ذلك وقد قدمنا قول ابن المواز في ولد الامة واللام الجارة من قول المولف ولذلك لام السبب اي ولاجل اعتبار هذا الترقب في قيمة الولد لو مات الولد كان كذا وهو صحيح على اصل ابن القسم ولا يتم على قول المغيرة وفيه نظر على قول ابن الماجشون **وقوله** ويقوم ولد المدبرة على غرره لجواز عتقه بريد لاحتمال ان يعتق من ثلث سيده واحتمال الرق فيها اقوى ولا احتمال في ذلك ونص ابن المواز على ان فيهم قيمة عبيد وذلك احرى فيهم على قول ابن الماجشون في ولد ام الولد وقال مطرف عن مالك ليس له فيهم شي ما كانوا صغارا مثل قوله في ولد ام الولد ولو قتل الولد قبل الحكم فيهم فاشار بعضهم الى انه يجري فيهم اختلاف الشيوخ من اختلافهم في ولد ام الولد اذا قتل والنظر في ولد المعتقة الى اجل في جميع الاحكام دايرين ولد ام الولد وولد المدبرة **وقوله** واذا ادعى الزوج الغرور وانكر السيد ففي تعيين المقبول قولان يعني ان الاحكام المتقدمة انما هي اذا قامت البينة على انه تزوجها على الحرية واما لو لم تكن الا دعوى الزوج ونازعه في ذلك السيد فاختلف فيه على القولين اللذين ذكرهما المولف والقايل بتصديق الزوج هو اشهب والقايل بتصديق الزوج هو اشهب السيد سحنون قال اصبغ في القيمة ولو اقر الا انه نكحها عالما بانها امة وقد فشا انها غرته من الحرية والسماع على ذلك او الشك فلا يصدق على ذلك الاب لما يدفع عن نفسه من غرم قيمة ولده ويريد من ارقاقهم واعلم ان المراة

اذا كانت هي الفارقة فلا اشكال ان الامر في الطلاق بيد الرجل والنظر في الصداق
وفي احكام الولد قد تقدم وان كان الزوج هو الغار ففي العتبية اذا غرّ
العبد الحرة فلها ان تختار قبل ان ترفع الى السلطان قال ابن رشد معناه اذا ساعدها
بانه غرها واما ان نازعها فليس لها ان تختار الا ان يحكم لها السلطان قال
وهو تفسير لما في المدونة وقال في العتبية ما طلقت به نفسها جاز عليها وهو
على احد القولين في الامة تعتق تحت العبد **وقوله** العتق هذا نوع ثالث
من الانواع الموجبة للخيار في حل النكاح وانما اخره المولف عن العيوب والغرر
لوجهين احدهما ان سبب التخيير في ذينك النوعين موجود يوم النكاح
بل سابق عليه فكان تاثيرهما في النكاح على وفق الاصل وهذا النوع سببه
وهو الاعتاق متاخر عن النكاح فالقياس ان لا يعتبر اللهم الا على مذهب
المخالف القائل بان سبب التخيير انما هو جبران الخلل الواقع في النكاح
باجبار السيد امته على النكاح فشرع لها التخيير عند عتقها استدراكا
لما فاتها في العقد فقد يلتحق هذا السبب بالغرور والعيب الوجه الثاني ان التخيير
في النوعين السابقين مطرد في كل واحد من الزوجين وفي هذا النوع لا يتصور
الا من جهة المراة خاصة فوجب تاخيره من اجل ذلك **وقوله** واذا عتق
جميعها تحت العبد حيل بينهما وخيرت بخلاف الحربي اذا اعتق جميع الامة
تحت زوجها العبد فانه يحال بينهما ان طلبت هي ذلك وتخير في البقاء معه
او تطلق نفسها ولا يكون لها ذلك ان كان زوجها حرا بل تجبر على البقاء معه
كما لو لم تعتق فاما عتق جميعها فلا بد من اعتباره سببا في تخييرها وسوا
كان ذلك في كلمة واحدة او تزوجت وهي معتق بعضها باختيارها ثم اكمل
عتقها بعد تزوجها نص على ذلك في الموازية والعتبية وتنزيل كلام المولف
على هذه الجملة قلق وكذلك لم يشترط في عتقها الموجب لخيارها ان يكون بتلا
فلا يجب لها الخيار بالكتابة ولا التدبير ولا العتق الى اجل ولا الاستيلاد
لهذا نصوا وربما استبعد تصور كونها ام ولد لسيدها مع كونها في
عصمة رجل غيره لكن نص في المدونة في غير موضع على ان السيد اذا وطي امته



المزوّجة وكان الزوج معزولا عنها انها تكون لسيدها ام ولد واما انه
يحال بينهما فهكذا قال في المدونة ومعناه كما قلناه انفا وفي الصحيح عن عايشة
رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضيات اراد اهلها ان يبيعوها ويشترطوا
ولاها فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اشتريها واعتقيها فان الولا لمن
اعتق وعتقت فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها وكان الناس
يتصدقون عليها وتهدي لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هو عليها
صدقة ولكم هدية فكلوه ولا خلاف انها تخير تحت العبد واختلف هل تخير اذا كان
زوجها حرا فقال مالك وجماعة لا خيار لها وقال اهل العراق لها الخيار وسبب الخلاف
اختلاف الرواية هل كان زوجها حرا او عبدا خرج ابو داود عن ابن عباس ان زوج
بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرها
ان تعتد زاد الدارقطني عدة الحرة وروى البخاري عن ابن عباس ان زوج بريرة كان
عبدا يقال له مغيث كاني انظر اليه خلفها تطوف يبكي ودموعه تسيل على لحيته
فقال النبي صلى الله عليه وسلم لو راجعته قالت يا رسول الله تامرني قال انما اشفع
قالت فلا حاجة لي فيه ولم يختلف الرواة عن ابن عباس ان زوجها كان عبدا واختلف
عن عايشة فروى الاسود عنها انه كان حرا وروى القاسم وعروة عنها انه كان
عبدا وهو الصحيح عند اهل الحديث والحكمة في ذلك عند اهل العراق انه استدراك
لجبرها على النكاح في حال الرق وعند غيرهم لزوال معرة كون الحرة تحت العبد
وفي كتاب ابن المواز ان طلبت الامة سيدها ان يزوجها من هذا العبد ثم عتقت كان
لها الخيار وكذلك المعتق بعضها يزوجها سيدها باذنها ثم يعتق بقيتها وهي تحت
العبد فلها الخيار كما قدمناه وهذا مما يحقق عندك ان اهل المذاهب لم يلتفتوا
الى تقدم الجبر **وقوله** وفيها لو وقفت سنة الى الفرض يعني اذا وقفت هذه
المدة وهي ممتنعة منه فانها تصدق في انها لم ترض به ولا يمين عليها بسبب ذلك ولم
يذكر في المدونة من التي اوقفها هذه المدة فان من المعلوم ان الحاكم لا يوقفها
هذا القدر ولعله السبب الذي لاجله ذكر المولف هذه المسالة عن المدونة
واستحسن بعض الشيوخ ان تؤخر ثلاثة ايام وقد اختلف في الشفيع يطلب ان يوخر

لينظر في امره هل ياخذ بالشفعة فقال في المدونة لا يؤخر وقيل يؤخر ثلثة
ايام وحكى بعضهم قولا في مسئلة المدونة هذه انه لا يسقط خيارها لطول المدة
واما قوله فيها صدقت بلا يمين فقد ذكر في الغنية انها تختلف واجراه بعضهم
على الخلاف في توجه اليمين بالتهمة واخذ من مسئلة المدونة هذه ان ذات
الشرط اذا لم تاخذ بشرطها وتاخر نظرها مثل هذه لم تحلف يمين وفيه نظر لانه
لم يذكر في مسئلة الامة تمكين النبي اوقفها هذه المدة فان كان الحاكم فعله
خطا فلها عذر بسبب ذلك وان كان زوجها ممن اعذر الا ان يفرض مسئلة في
ذات الشرط ايضا وكذلك اثار تشبيهه هذه المسئلة بالتمليك اشكالا
وهو لا يخفى عليك **وقوله** فلو عتق قبل ان تختار سقط كما لو عتقا معا
تشبيه المؤلف سقوط خيارها فيما اذا عتق قبل ان تختار بما اذا عتقا معا انما هو
لاجتماعهما في الحكم لا ان المعنى فيهما واحد لان الاولى كانت متمكنة من الفراق
فلم تفعله فهي مفرطة والثانية لم تتمكن منه بوجه ولو وقعته ما نفعها
ولم يشبه في المدونة احدى المسئلتين بالاخرى بل جمعهما في الحكم ويحتمل ان
يريد المؤلف بالتشبيه رجحان احدى الطرق في المسئلة وذلك ان من الشيوخ
من جرد هذه المسئلة من الخلاف نصا وتخريجا ومنهم من اثبته تخريجا خاصة
ومنهم من اثبته نصا والذين خرجوا اثبتوه من مسئلة الحائض التي يذكرها المؤلف
بعد هذا وقدح فيه بعضهم بانها كانت ممنوعة بسبب الحيض فلا تفريط في
حقها بخلاف هذه المسئلة ومنهم من اثبته نصا وذكره عن علي بن زياد وقال
ابن عبد البر عن ابن القسم ان عتق زوجها قبل ان تختار نفسها كان لها الخيار قال
وهذا لا وجه له على مذهب الحجازيين فلعل المؤلف اشار بالتشبيه الى صحة
الطريق الاولى لعزته واذا ثبت الخلاف نصا في المسئلة وجب المصير اليه **وقوله**
ولو بائنا سقط بخلاف الرجعي يعني لاستحالة وقوع الطلاق منها اذا كانت
بائنة منه وامكانه اذا كانت رجعية فان قلت استحالة الطلاق في الوجه الاول
صحيح واما امكانه في الوجه الثاني فممنوع لاحتمال ان يقال ان الزوج قد اوقع عليها
الطلقة التي كانت هي توقعها على نفسها وذلك على القول الذي يحكيه المؤلف بعد

هذا



هذا انها تكون واحدة رجعية واذا حصل مقصودها من الطلقة فلا فرق بين
ان تكون هي التي اوقعتها او يكون الزوج هو الذي اوقعها قلت القول الذي
يحكيه المؤلف بعد هذا انما هو للزوج الرجعة بشرط عتقه في العدة فالطلقة
قبل العتق كالبائنة والتي اوقعها الزوج رجعي بمعنى غير ما جعل بيدها من كل
الوجوه فلا يصح الاكتفا باحداهما عن الاخرى **وقوله** فان اختارت قبل البنا
فلا صداق اتيانه بهذا الفرع عقب الذي قبله كالجواب عن اعتراض يتوهم في
فرض الذي قبله اذ يمكن ان يقال ابانته لها لا تكون سببا في سقوط ما بيدها لان
ابانته لها انما هي بان توقع عليها طلقتين وذلك يخرجها عن ان تكون زوجة من كل
الوجوه فتكون زوال ما بيدها لعدم محل الطلاق لا لان الطلاق سقط بعد امكانه
فعقبه بهذا الفرع وصوان البينونة تكون بالطلقة الواحدة قبل الدخول ثم هي
اذا اختارت الفراق قبل الدخول فهو طلاق جاء بسببها وما هذا شانه يمنع من اخذ
نصف الصداق ولهذا وجرت عادة الطلبة بنقد عبارة المؤلف هنا في قوله فلا صداق
لانه نفى ماهية الصداق وانتفا الماهية من انتفا جميع اجزائها ومن انتفا بعض اجزائها
لان الماهية كما تنعدم بانعدام جميع اجزائها تنعدم بانعدام بعضها واذا ثبت هذا
فلا يلزم من نفي جميع الصداق نفي نصفه ومثل هذا السوال في هذا الموضع ضعيف لان
المقصود نفي ما يتوهم ثبوته بالطلاق قبل البنا والذي يتوهم ثبوته بذلك انما هو نصف
الصداق لا كله وهذا لا خلاف فيه والخلاف انما هو في لو اوجب من الصداق قبل البنا
والطلاق هل الكل او النصف او لا يجب شي منه **وقوله** ويرده السيد الا ان
يعني ان المعتقة تحت العبد ولم يدخل بها اذا اختارت نفسها سقط عن الزوج الصداق
على ما تقدم ووجب على السيد الرده اليه ان كان قبضه منه هذا ان كان الصداق
قائما او فات وكان السيد مليا فان كان عديما فذكر المؤلف ثلثة اقوال احدها سقوط
خيارها قال لان ثبوته يسقطه يعني لان ثبوت الخيار يسقطه الخيار وكل ما يودي
اثباته الى نفيه فهو منتف لما يلزم عليه من الجمع بين النفي والاثبات لانا ان مكناها من
الخيار فاختارت نفسها حصل الفراق ووجب الرجوع على السيد بالصداق والفرض
انه عديم وقد بان بدين متقدم على عتقها وهو الصداق والدين السابقة على

العتق تمنعه منه اذا ارده الغرما فوجب بيعها لهم القول الثاني ثبوت الخيار لثبوت موجبه وهو العتق ويرد ان طلب ذلك الزوج لحصول الدين السابق على العتق لان الحكم اوجب الامرين معا القول الثالث انه يثبت الخيار لثبوت موجبه ولا تباع وتعد هذا الدين طاريا بعد العتق لا قبله بناء على انها ما لكة لجميع الصداق قبل الدخول والفراق المتاخر عن العتق هو الذي اوجب الغرامة وهو معنى قول المولف لانه طار بالاختيار بعد العتق والضمير الذي هو اسم ان عايد الى الدين المفهوم من السياق وهذا القول الثالث هو الذي يشبه اصل المدونة لما في العتق الاول منها قال ابن القسم واذا باع عبدك سلعة بامرك ثم اعتقته ثم استحقت السلعة ولا مال له فليس للمبتاع رد العتق لانه دين لحق السيد بعد انفاذ العتق فانظر كيف لم يجعل دينا سابقا على العتق مع ان السلعة قد استحقت واستحقاقها موجب لنقض البيع من اصله وليس كذلك الطلاق لان الطلاق يقتضي وجود زوجة يقع عليها ووجوده يستلزم وجود النكاح الا ان ابن المواز قال في مسلة العتق هذه على ان الثمن كان بيد العبد حتى اعتق قال واما ان تلف او انفقه قبل العتق فليرد العتق لان السلعة لم تكن له ملكا وصوب بعض الشيوخ هذا التاويل وجعله موافقا لاصل ابن القسم واستدل على ذلك بما في كتاب النذر قال ابن القسم فيمن حلف ليقضين فلانا دنانيره الى اجل كذا فقضاه اياها قبل الاجل ثم استحقت الدنانير بعد الاجل انه حانث وعندي ان كلام ابن المواز بعيد من لفظ المدونة الا ترى الى قوله فيها لانه دين لحق السيد بعد انفاذ العتق ولو كان على ما قاله ابن المواز لكان الدين متقدما على العتق الا انه يبين ما ينفي بعيده واما مسلة الحالف فقد علمت ان الحنث يقع على اصل المذهب بادنى سبب وقد تقدم الكلام عليها في محله ومسلة عتق الامة المتزوجة التي تكلم في الكلام عليها محتملة لاكثر مما تكلمنا عليها الان وتركنا ذلك خيفة السامة

**وقوله** فان اختارت بعد البنا فالمسمى يعني فان اختارت المعتقة نفسها بعد البنا ثبت لها المسمى لانها استحقته بالدخول والفراق متاخر عن ذلك **وقوله** ويكون كما لها الا ان يكون السيد قبضه او اشترطه يعني ان مال المعتق يتبعه في العتق اذا لم يكن السيد اشترطه ومهرها كمالها فيشاركه في الحكم وما ذكره

المولف



المولف من استثناء قبض السيد او اشتراطه اياه كالبيان لقوله ويكون كمالها لان مالها اذا قبضه السيد قبل العتق على سبيل الانتزاع او اشترطه لم يتبعها في العتق **وقوله** فان رضيت وهي مفوضة قبل البنا ففرض لها بعد العتق فلا سبيل للسيد عليه يعني فان رضيت بالمقام معه مع زوجها وذلك قبل البنا في نكاح التفويض ففرض لها الزوج الصداق بعد العتق فهو لها ولا سبيل للسيد عليه قال في المدونة باثر هذا الكلام اذا لم يكن لها ذلك بمال فيشترط واذا لو مات الزوج او طلق قبل الفريضة لم يكن لها شي يريد ان المال الذي يكون لسيدها انما هو ما ملكته قبل العتق وهذا انما ملكته بالفريضة المتاخرة عن العتق وظاهره انه لا يكون للسيد ولو اشترطه هذا معنى قوله اذ لم يكن لها ذلك بمال فيشترط واحتج على ذلك ببقية الكلام وهو انه لو مات الزوج او طلق قبل الفريضة لم يكن لها شي وهو استدلال صحيح والاستدلال بالطلاق اجماعي وبالموت مذهبي على ما سياتي ان شا الله تعالى **وقوله** واختيارها طلقة باينة كالعيب اشار بالتشبيه بالعيب الى صحة هذا القول دون ما ياتي بعده اي ان موجب هذا الخيار انما هو ما يلحقها من العار بكونها حرة تحت عبد فهو كنقص في الزوج كما ان الفراق هنالك طلقة باينة فكذلك هنا ودل كلام المولف ان اختيارها لنفسها اذا اوقع به فهو طلقة ولكنه باينة وهو المنصوص في المذهب **وقوله** ويروى له الرجعة ان عتق في العدة يعني كطلاق المعسر بالنفقة لان نقص الرق في هذه المسلة ليس كالعيب من كل الوجوه لان الزوجة عالمة به وعليه دخلت فالقياس ان لا مقال لها ولكن الشرع لما اوجب لها الخيار رفعا للضرر المشار اليه وجب ان يزول اختيارها بزوال ذلك الضرر ويكون لزوجها ارتجاعها ما دامت في العدة وهذا القول اوجه والاول اشهر بل اشار المولف بقوله ويروى الى شذوذ هذا القول والله تعالى اعلم **وقوله** فان قضت بالثلث طلاق العبد ففي لزومه روايتان ورجع اليه يعني ان اختيارها للطلاق يحمل على الواحدة البائنة كما تقدم فان وقع مقيدا بها فلا اشكال وان وقع مقيدا بالثلث فهل يلزمه ذلك روايتان والمرجوع اليه منهما اللزوم فان قلت كلام المولف معترض في هذا الفصل من وجهين احدهما انه غير طريق النقل لخلاف ما نقله الشيوخ

على ابن الحاجب

فانهم اضافوا هذين القولين الى ما حكاه المولف من القولين قبلهما الثاني انه قصر في
النقل فانه بقي عليه القول بان الطلقة المذكورة تكون رجعية مطلقا من غير
شرط عتق الزوج وبقي عليه ايضا القول بان لها ان تطلق نفسها ثلثا قلت الجواب
عن الاول ان المولف راى كلام الامام محتملا لما سلكه الشيوخ ولما سلكه هو
والقدر الذي سلكه هو محقق من قول الامام وطريق الشيوخ محتملة وبنى النقل
على المحقق وانما قلنا ان طريقهم محتملة لان لفظ المدونة والامة اذا اعتقت تحت
العبد ان تختار نفسها على حديث زبرا وكان ملك يقول لا تختار الا واحدة بائنة
وقاله اكثر الرواة فان قلت هذا كالصريح في موافقة طريق الشيوخ بعيد
عن الاحتمال الذي ذكرته قلت انما جاء هذا بسبب تركه نص حديث زبرا المشار
اليه ونصه على ما في الموطا ان مولاة كانت لبني عدي يقال لها زبرا تحت عبد
وهي امة يومئذ فعتقت قالت فارسلت الي حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم
فقالت اني مخبرتك خبرا ولا احب ان تصنعي شيا ان امرك بيدك ما لم يمسك
زوجك فان مسك فليس لك من الامر شي قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق
ثم الطلاق ففارقته ثلثا فقوله في المدونة ان لها ان تعتق نفسها على حديث
زبرا يحتمل ان يكون ذلك لها ابتدا ويحتمل ان يكون لها ذلك اذا اوقعته كما في
حديث زبرا لان حفصة لم تقل لها ان لك ان تطلقي نفسك ثلثا وانما هي اوقعت
ذلك على نفسها والانصاف ما سلكه غير المولف في هذا والجواب عن الثاني
ان يقال اما القول بان اختيارها نفسها يكون طلقة رجعية هكذا قولا مطلقا
فغير موجود وقصارى الموجود ما في سماع عيسى في الامة تحت العبد تعتق
فتختار نفسها بواحدة ثم يموت زوجها وهي في عدتها انها تنتقل الى عدة الوفاة
وهذا لا يفيد الا التخريج على انه يحتمل ان يكون مبنيا على الرواية التي ذكرها
المولف في صدر المسئلة ولولا الاطالة لبينا ذلك ولا يخفى عليك واما القول بان لها
ايقاع الثلاث فحكي عن ابن القسم ومالك في المدونة فانشا بعضهم الى انه وهم
لما علم من قاعدة المذهب ان الطلاق معتبر بالرجال وبعضهم صحح ذلك واحتج له
بان جهة الزوجة لما انتقل اليها الطلاق انتقل اليها العدد والموقع له حر

صوابه تطلق

فوجب



فوجب اعتباره به فلذلك اكمل ثلثا فلعل المولف اختار طريق من لم يصحح نقل
هذا القول واعتقد فيه الوهم والانصاف ايضا تصحيحه نقلا لان ادعا الوهم
في اقاويل اهل العلم المنقولة على السنة الثقاة مع امكان توجيهها لا يصح وقوله
ويومر بالتاخير في الحيض الى الطهر اما انها تومر بالتاخير فلانها فواتها على المذهب
طلاق والطلاق في الحيض ممنوع فاذا احرنت الاخذ لسبب ذلك فعتق زوجها
قبل اختيارها وخروجها من الحيض انقطع ذلك اختيارها وسقطها الشرع من
الاخذ به لقيام مانع الحيض فاذا زال ذلك المانع فقال ابن القسم تعذر الحكم
لها بالخيار وقال اللخمي لا خيار لها لزوال سببه وهو ما لحقها من العار بسبب
حريتها ورق زوجها وهو اوجه وفي المبسوط عن ملك اذا لم يبلغها العتق
حتى عتق زوجها بطل خيارها فذهب ابن زرب الى معارضة مسئلة الحائض
بهذه وخرج في كل واحدة منهما رواية من الاخرى وفرق اللخمي بان الحائض
ممنوعة بالشرع فعذرت بخلاف هذه وتردد الباجي في ذلك فان لم تختار
الحائض في الحيض مضى قاله في المدونة قال ابن رشد ولا تجبر على الرجعة لانه طلاق
بائن قال وعلى القول انه رجعي ان اعتق زوجها قبل ان تنقضي عدتها جبر
على الرجعة وقال اللخمي اما على القول انها واحدة رجعية ففيه اشكال
قال واري ان جبرها السلطان وعادت زوجة ان يكون لها ان توقع اخرى
وهي ضرورة وان عتقت وهي في عدة من طلاق رجعي كان لها ان تختار
لترفع رجعته عنها يعني على القول بانها طلقة بائنة قال ولو قيل انها تمنع
من الطلاق اذا قال الزوج انا لا ارتجع لرايته حسنا قلت وفيه نظر لاحتمال
ان لا يفي لها بذلك ويبادر برجعتها قال وان كانت صغيرة كان النظر
في ذلك الى السلطان فما راه حسنا نظر لها فعله وكذلك ان كانت سفيهة
الا ان تبادر باختيار نفسها ولو رضيت بالمقام لم يلزمها ذلك على قول ابن القسم
اذا لم يكن ذلك حسن نظر ولزمها ذلك على قول اشهب وقوله ويسقط
خيارها بعتق زوجها يعني بان تصرح برضاها بالبقاء مع زوجها وهذا لا اشكال
فيه قال وتمكينها وما في معناه يعني تمكينها زوجها من الاستمتاع بها

اختيار او كذلك ان تستمتع بزوجها وهو مراده بقوله وما في معناه بل هو اقوى
في الدلالة على الرضا وهي التي لا تمنع زوجها وهو اقوى في سقوط خيارها لانه فعل وذلك
ترك قال ان كانت عالمة بالعتق والحكم يعني يشترط في كون تمكينها او ما في
معناه مسقط خيارها كونها عالمة حين تمكينها بالعتق وبان لها الخيار وهو مراده
بقوله والحكم وهو مراده وهذا الشرط مركب من قيدين احدهما علمها بالعتق والثاني
علمها بالحكم **وقوله** ولجاهلة بالعتق تخير اتفاقا يعني فان فقد القيد الاول
فكانت جاهلة بالعتق ووصل اليها على هذه الحال لم يسقط ذلك خيارها بالاتفاق
لظهور عذرها وينبغي ان يعاقب الزوج ان كان عالما بعتقها وبالحكم كما قالوا في
المالكة والمخيرة اذا وطيها قبل ان تختار ولذلك ذات الشرط **وقوله**
والجاهلة بالحكم الى اخره يعني فان فقد القيد الثاني من قيدي الشرط المذكور وكانت
الزوجة عالمة بالعتق وجاهلة بان لها الخيار فالمشهور من المذهب سقوط خيارها
وعدم عذرها بجهل الحكم وهو الاصل عند الفقهاء انه لا يعذر بجهل الحكم وقابل
المولف قول مالك بقول ابن القصار وجعل قول مالك هو المشهور فيكون قول ابن القصار
مخالفا له وشاذا على عادة المولف في المقابلة بين الاقاويل ولم يقصد ابن القصار
مخالفة مالك بل اراد تقييد قوله على عادة شيوخ المذهب في تقييد اقاويل
المتقدمين منهم اذا وقعت مطلقة قيدوها بما تقتضيه اصولهم ومثل هذا لم تجر
العادة بينهم بعده خلافا كما هو المالوف من تقييدات ابن ابي زيد والقابسي
وغيرهما من شيوخ المذهب القرويين والاندلسيين لان حاصل ذلك يرجع الى افادة
تصور قول الامام خاصة لكن قول ابن القصار هنا وقع منصوصا في المختصر والمدونة
فيكون خلافا حقيقة الا ان يقال الحمل ايضا على التقييد لانا اذا قيدنا المطلق
من قول الامام بقول غيره فلان نقيده بقول نفسه احرى فله وجه والصحيح
عدم التقييد هنا وبقا المشهور على اطلاقه لما في سنن ابي داود عن عائشة رضي
الله تعالى عنها ان بريرة عتقت وهي عند مغيث عبد لال ابي احمد فخيرها رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال ان قربك فلا خيار لك ويمكن ان يقال لا دلالة في
الحديث على صحة قول مالك الامام لان بريرة عند سماعها هذا الكلام من رسول



انه لكل واحد منهما واما خاتم الذهب فالاقرب فيه ما قالوا الا ان يكون
الرجل من قوم يعلم انه من زيهم وانهم لا يتقيدون بالاحكام الشرعية
كما يوجد في بعض الاجناد ممن استباح لهم حلي الذهب ولباس الحرير
والله تعالى اعلم **وقوله** وللرجل ما يعرف للرجال والنسا لانه بيته وعن
ابن القاسم انه بينهما بايمانهما هكذا يقع في اكثر النسخ انه تكلم على ما يعرف
للرجال والنسا ويقع في بعض النسخ وللرجل ما يعرف انه للرجال وما يعرف
لهما وعن ابن القاسم انه لهما بايمانهما والاشبه بطريق المولف فطريقته في
الاختصار ما وقع في اكثر النسخ فان قلت فيه اجحاف في الاختصار لانه لم
يتعرض الى حكم ما يعرف انه للرجال قلت لا اجحاف فيه لانه انما ترك المثال
خاصة وهو معلوم من جهة العرف اما الحكم فمعلوم مما قدمه لان الحكم
فيما يعرف انه للنسا اختصاصهن به فيكون ما يختص به الرجال لهم بالضرورة
وايضا فقد يعلم الحكم فيه بما ذكره الان لانه اذا كان للرجال على
المشهور ما يعرف لهم وللنسا فلان يكون لهم ما اختصوا به في العرف
اولى واحرى والله تعالى اعلم قال في المدونة وللرجل جميع الرقيق ذكرانا
واناثا قلت الذكور من متاع الرجال خاصة في العرف والاناث من متاع
الرجال والنسا في العرف فيجري فيهن الخلاف الذي ذكره المولف قال
في المدونة واما اصناف الماشية وما في المرابط من خيل وبغال وحمير فلمن
حازها قال بعضهم وان لم يكن حوز فالمركوب كله للرجل قال ابو وهب
الا ان يكون الرجل منهما معروفا بالفقر وهي معروفة بالغنا فيشبه
ملك تلك البقر اليها فاذا كان هذا من حالها فما شابه يعرف بالسماع وقول
عدول الجيران فالمرأة احق به وان لم تكن شهادة قاطعة فان قلت
جعل المولف العلة في اختصاص الرجل بما يعرف للرجال كون البيت بيت الرجل
والعلة يجب طردها والبيت بيت الرجل في جميع ما يختلفان فيه فينبغي
ان يكون القول قول الرجل في الحلي وشبهه قلت الجواب من وجهين الاول
منهما لا نسلم ان قول المولف لان البيت بيته علة فيما ذكرته وانما هو مرجح

عند تعارض الامارات لان العلة انما هي شهادة العرف فاذا شهد العرف لكل
واحد منهما رجح بالحوز وهو كون البيت بيته سلمناه وهو الجواب الثاني
ان المسألة كما ذكر لكن المانع قائم في بعض الصور وهو شهادة العرف
للنساء بالحلي وشبهه ولا يلزم من ترك الحكم للمانع سقوط الوصف عن
درجة التعامل قال في المدونة وان اختلفا في الدار بعينها كانت للرجل قال ابن
حبيب والخصم للرجل كالدار الا ان يعرف للزوجة قال ابن رشد العرف
عندنا في ذوات الاقدار ان المراة تخرج الدار فلو اختلفا فيها لوجب ان
يكون القول قول المراة قال وكذلك حفظته عن شيخنا ابن رزق رحمه
الله تعالى. **وقوله** ومن اقام بينة على شراء ما لا يشبه ان يكون له قضي له يعني
ان اقام الرجل بينة على انه اشترى ما يصلح للمراة ولا يصلح له كالبسط والفرش
او اقامت المراة بينة على انها اشترت ما يصلح للرجل ولا يصلح لها كالسيف
حلف المشتري منهما انه اشترى ذلك لنفسه وقضي له به هذا ما ذكره المؤلف
من التسوية في هذا الحكم بين الرجل والمراة وهو نقل جماعة من الشيوخ
على المدونة وذلك انه ذكر هذا الحكم فيها باعتبار الرجل فقال وما ولي
الرجل شراءه من متاع النساء واقام بذلك بينة فهو له بعد يمينه انه ما
اشتراه الا لنفسه الا ان تكون لها او لورثتها بينة انه اشتراه لها ثم قال
باثره وما كان في البيت من متاع الرجل اقامت المراة بينة انها اشترته
فهو لها فقال جماعة ان لها بعد اليمين وكان بعض القرويين يفرق بين
الرجل والمراة ويقول لا يمين هنا على المراة بخلاف الرجل قال وذلك ان
الرجال قوامون على النساء وليس النساء قوامات على الرجال وقال الاخرون
انما سكت عن يمينها اجتزاء منه بما ذكر في حق الرجل من اليمين ثم قال
في المدونة بعد هذا باثر الكلام وورثتهما في اليمين والبينة بمنزلتهما الا
انهم انما يحلفون على علمهم انهم لا يعلمون ان الزوج اشترى هذا المتاع الذي
يدعي من متاع النساء ولو كانت المراة حلفت على البتات وورثة الرجل
بهذه المنزلة. **وقوله** الوليمة مندوبة الوليمة طعام العرس هذا

قال بعض



قال بعض اهل اللغة وقال بعضهم طعام الاملاك وقال بعضهم طعام الاملاك
واما حكمها فقال المؤلف هي مندوبة وهو الحكي نصا في المذهب وهو
مذهب اكثر الفقهاء وقال داود هي واجبة وفي كلام بعض الشيوخ من
اهل المذهب ميل الى هذا وفي الصحيح من حديث انس بن مالك ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم راى على عبد الرحمن اثر صفرة قال ما هذا قال يا رسول الله اني
تزوجت امراة على وزن نواة من ذهب قال فبارك الله لك اولم ولو بشاة
وهذا امر بصيغة افعل وظاهره الوجوب وفي الصحيح من حديث انس ايضا قال
ما رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم اولم على امراة ما اولم على زينب فانه
ذبح شاة وفيه ايضا عن صفية بنت شيبة قالت اولم النبي صلى الله عليه وسلم على
بعض نسائه بمدين من شعير وظاهر هذه الاحاديث الوجوب لان المحافظة
عليها مع ضيق الحال الخارجي حتى تفعل بمدين من شعير مع احتياج العيال دليل على
الوجوب ولا يبعد تاويل الندب بمعنى السنة واما ما وقع في المذهب من
الاستحباب فبعيد جدا. **وقوله** ووقتها بعد البناء هذا هو ظاهر المذهب
واستحسنها بعض المتقدمين من اهل المذهب قبل البناء وبعده اعني جمع بين
الامرين وظاهر حديث عبد الرحمن المتقدم انه بعد البناء الا ان بعضهم قال لا دلالة
فيه على تعيين الوقت وفي الصحيح من حديث انس رضي الله تعالى عنه قال لما انقضت
عدة زينب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لزيد اذكرها علي قال فانطلق
زيد فاتاها وهي تخمر عجينها قال فلما رايتها عظمت في صدري حتى ما استطيع
ان انظر اليها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرها فوليتها ظهري ونكصت
على عقبي فقلت يا زينب ارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم يذكرك فقالت
ما انا بصانعة شيئا حتى او امر ربي فقامت الى مسجدها ونزل القران وجاء
رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها بغير اذن قال ولقد رايتنا ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اطعمنا الخبز واللحم حتى امتد النهار فخرج الناس وبقي
رجال يتحدثون في البيت بعد الطعام فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم واتبعته
فجعل يتتبع حجر نسائه فيسلم عليهن ويقلن يا رسول الله كيف

وجدت اهلك قال فادري انا اخبرته ان القوم قد خرجوا او اخبرني قال فانطلق
حتى دخل البيت فذهبت ادخل معه فالقى الستر بيني وبينه ونزل الحجاب
ووعظ القوم بما وعظوا به لا تدخلوا بيوت النبي الى قوله تعالى والله
لا يستحيي من الحق هذا لفظ ما في كتاب مسلم وفي كتاب البخاري ثم خرج الى حجر
امهات المومنين كما كان يصنع صبيحة بنائه فيسلم عليهن ويدعو لهن
ففي هذا الحديث بيان انها بعد البناء وقوله ونص مالك على وجوب الاجابة الى
لقوم يعني ان مالكا رحمه الله تعالى يرى وجوب الاجابة اذا دعي اليها بشروط
احدها ان يدعى اليها على التعيين فان دعي لا على التعيين كما لو قال ادع
كل من لقيت فقالوا لا يجب عليه الاجابة وان جاز له الاتيان ولعل الحجة في ذلك
ما في حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دعي
احدكم الى الوليمة فليأتها فظاهره شرط التعيين ويقويه ما في بعض
الطرق اذا دعا احدكم اخاه فليجب عرسا كان او نحوه وفي هذا
الاستدلال نظر لان دعا الرجل اخاه اعم من دعائه على التعيين وعلى العموم
والاعم لا اشعار له بالاخص وانما فاذا دعي لا على التعيين فاما ان تصدق
عليه هذه الاحاديث فيدخل تحت الامر او لا تصدق عليه فلا يحل له تناول الطعام
بغير اذنه واما ان تصدق عليه الحديث ولا يدخل تحت الوجوب
فخارج عن القسمين معا الشرط الثاني ان لا يكون هناك منكر فان كان
هناك منكر فالمشهور ان الوجوب يسقط ولا يجوز الاتيان وفي
المذهب قول شاذ بجواز الاتيان وذهب اليه جماعة من العلماء خارج المذهب
وهذا كاللعب الذي لا يجوز وان كان لعبا مباحا فان كان المدعو
من غير ذوي الهيئات بقي الامر في حقه على ما كان عليه وان كان من
ذوي الهيئات فقولان ومقتضى النظر اذا كان الاتيان واجبا ان لا يسقطه
باللعب الذي لا يجوز بل يلزم وينكر بيده او بلسانه او بقلبه كما لو
عارضه منكر في طريق الجمعة وغيرها من طرق الواجبات الشرط
الثالث ان لا يكون هناك اراذل وفي هذا نظر فان كان المراد من الاراذل

ضعفه



ضعفة الناس ومن ليس من اهل المناصب وهو ظاهر لفظه فلا ينبغي ان يسقط
الوجوب بهذا القدر وان كان بعض السلف يفرق بينهم في المجالس في الوليمة
ويطعم الجميع طعاما واحدا فهذا مما يستحسن لصاحب الوليمة وان كان المراد من
الاراذل الفساق ومن في معناهم فغير بعيد لان المجامع التي اكثرها هذا النوع
فيها على الدين فتنة الحضور الشرط الرابع ان لا يكون هناك زحام هذا قال
المؤلف والمحكي عن مالك انه رخص في التخلف لكثرة زحام الناس ولعل مراد المؤلف
انه ليس كل زحام يوذي ومع هذا فقد اشار الشيخ ابو محمد الى تضعيف هذا الشرط
ولذلك نصوا ان الواجبات لا تسقط بمثل هذا الشرط الخامس ان لا يغلق باب المنزل
دونه وهذا الشرط قريب من الشرط الثالث لان اغلاق الباب فقاري من ان يودي
الى الحط من قدر الاتي اليها كما حط من قدره الجلوس مع الاراذل واطلاقنا على
هذه الاوصاف شروطا فيه مسامحة والتحقيق ان الاول منها شرط وباقيها
موانع لما قد علمت في غير هذا الموضع وقوله وقال ابو الحسن المذهب ان الاجابة
غير واجبة هو القاضي ابو الحسن بن القصار والقول الصحيح ما تقدم ولذلك هو في
النظر لظاهر الاحاديث فمنها ما تقدم ومنها ما في الصحيح من حديث ابي هريرة ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من ياتيها ويدعى
اليها من ياباها ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله وقوله ووجوب
اكل المفطر محتمل يعني اذا فرعنا على ما نص مالك من وجوب الاجابة فهل يجب
الاكل او لا يجب الامر في ذلك محتمل ولا يعني باحتماله تعارض الادلة على انه
كالمتقابلة ضعفه على ما يقوله الان وانما هو اشارة الى ما قاله الباجي قال لم اجد فيه
نصا لاصحابنا وفي المذهب مسائل تقتضي القولين يريد القولين اللذين للعلماء خارج
المذهب في الوجوب قال الباجي وهل عليه ان ياتي الدعوة وهو صائم روى محمد عن
مالك ارى ان يجيب وان لم ياكل وكان صائما وقال اصبغ ليس ذلك بالوكيد
وانه لخفيف قال الباجي فقول مالك على ان الاكل ليس بواجب وقول اصبغ على
وجوب الاكل ولذلك اسقطه وجوب الاتيان عن الصائم الذي لا ياكل قلت
ولا يبعد ان يكون قول مالك واصبغ معا جارين على وجوب الاكل الا ان مالكا

يري ان اجابة الدعوة واجب مستقل بنفسه وكذلك وجوب الاكل فاذا تعذر
الاكل لمعارضة الصيام او غيره بقي وجوب اجابة الدعوة خليا عن المعارض
فتجب الاجابة لقوله صلى الله عليه وسلم اذا امرتكم بامر فاتوا منه ما استطعتم
ويكون قول اصبغ مبنيا على ان الاجابة انما وجبت وسيلة لاجل الاكل فاذا
سقط المقصد وهو الاكل سقطت الوسيلة والمعارض الذي اشرنا اليه فوق
هذا هو ما في الصحيح من حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دعي
احدكم الى الطعام فليجب فان شا طعم وان شا ترك وفيه من حديث ابي هريرة رضي
الله تعالى عنه فان كان صايما فليصل وان كان مفطرا فليطعم قال الباجي والمختار
منها يوم واحد قال ابن حبيب ولا بأس اكثر من يوم قال وقد اثار رواها عن
السلف ممن وسع الله تعالى عليه فليولم من يوم ابتنايه الى مثله قال الباجي بعد
اذا قصد به اشهار النكاح والتوسعة على الناس لا المباهاة والسمعة
ثم قال ابن حبيب ويكره ان يكون استدامته اياها واما ان يدعوا في اليوم الثاني
من لم يكن دعاه مرة فذلك سايغ قلت وقد روى ابو داود ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال الوليمة اول يوم حق والثاني معروف واليوم الثالث سمعة وخرج الترمذي
من حديث ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طعام اول يوم حق وطعام
يوم الثاني سنة وطعام يوم الثالث سمعة ومن سمع سمع الله تعالى به
والحديثان ضعيفان عندهم **وقوله** ويكره نثر اللوز والسكر وشبهه
يعني نثره للنهبة وقال بعض الشيوخ ان المسلة على وجهين فان كان نثره
لينهب ولا ياخذ كل واحد منهم ما حصل في يد صاحبه شيا فهذا الوجه
كرهه مالك لما جاء من النهي عن النهبة واجازه غيره وان كان احضره
ربه ليأكلوه لا لينتهبوا او كان في الوجه الاول فاخذ بعضهم مما
حصل في يد البعض فهذا حرام وفي الحديث عن معاذ انه شهد ملاك رجل
من الانصار مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وانكح الانصاري وقال على الالفة والخير والطاير الميمون دففوا على راس
صاحبكم قال فدفف على راسه واقبلت السلال فيها الفاكهة





والسكر فنثر عليهم فامسك القوم ولم ينتهبوا فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم ما ازين الحلم الا تنتهبون قالوا يا رسول الله نهيتنا عن النهبة
يوم كذا وكذا قال انما نهيتكم عن نهبة العساكر ولم انهكم عن نهبة
الولايم **وقوله** القسم والنشوز يعني قسم الرجل بين زوجتيه او زوجاته
والنشوز لاحد الزوجين عن صاحبه اي ارتفاعه عنه وامتناعه من
تمكينه من حقه **وقوله** وتجب القسمة بين الزوجات ومن المستولدات
فلا تميلوا كل الميل وقوله صلى الله عليه وسلم من حديث ابي
هريرة اذا كانت عند الرجل امراتان فلم يعدل بينهما جا يوم القيمة وشقه
ساقط خرجه الترمذي واما انه لا يجب بين الزوجة والمستولدة فلان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم لازواجه ولا يقسم لام ولده وان كان القسم
لا يجب لنسايه صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى ترجي من تشا منهن الاية فقد كان
ياخذ نفسه بالقسم تبرعا ولتقتدي به امته فيما يجب عليهم فيعدل ويقول
قوله ولتقتدي
اللهم هذه قسمتي فيما املك ولا تلمني فيما تملك ولا املك خرجه الترمذي
واما قول المولف الا ان الاولى العدل وكف الاذى فمعنى ان القسم وان لم يكن
واجبا بين الزوجة والمستولدة وبين المستولدات الا ان الاولى ما ذكر
والذي يدل عليه لفظ المدونة ان كف الاذى ليس من باب الاولى وانما هو
واجب قال في المدونة وللسيد ان يدع حق قسم وجايز ان يقيم عند ام ولده
ما شا ما لم يضار قال بعض الشيوخ المذهب على هذا وفيه نظر الا ان يكون
هنالك اجماع قال وكذلك الاما **وقوله** والعبد والمجنون والمريض
كغيرهم هكذا في نسخ هذا الكتاب والمجنون بنونين والذي في المدونة
المجبوب بباين موحدتين من اسفل والحكم في الجميع سوا ولا اعلم في
ذلك خلافا **وقوله** فان لم يقدر المريض اقام عند من شا يعني فان لم
يقدر على الدوران على نسايه اقام عند من هي ارفق به واحسن للاطعم
منهن له وخرج ابو داود عن عايشة رضي الله تعالى عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعث الى النسا يعني في مرضه فاجتمعن فقال اني لا استطيع ان ادور بينكن

فان رايتن ان تاذن لي فاكون عند عايشة فعلن فاذن له **وقوله**
والصغيرة الموطوءة الى قوله كغيرهن يريد الصغيرة المدخول وكذلك من
عطف عليها لابد ان تكون مدخولا بهن والحاصل انه لا فرق بين ان يكون المانع
حسيا كالرتقا او شرعيا كالظهار فانه يجب القسم لجميعهن الا ان هذا
مبنى على انه يجوز للمظاهر الكون مع المظاهر منها والنظر اليها وقد ذلك كلام
ياتي في موضعه ان شا الله تعالى وكذلك المحلوف بطلاقها والحالف على حنث
واحتاج الى التنبيه على الحكم في الصغيرة ومن عطفه عليها كما فعل في العبد
ومن عطف عليه لئلا يتوهم ان الحكم فيهم مخالف لمن عداهم **وقوله** وعلى
ولي المجنون ان يطوف به عليهن لما تقدم ان المجنون كالصحيح في العدل بين
نسايه والمجنون لا يفهم الخطاب وليس هذا الحق من الحقوق المالية التي
ينظر فيها الاوليا ابو عيد لله ان التكليف بهذا الحكم او الخطاب به مستقل
فقال ربما ما يجري مجرى الجواب عن ذلك وهو ان ولي المجنون اي الوصي عليه
او المقدم من قبل القاضي هو المخاطب بان يطوف به على نسايه وهذا الحق
وان لم يكن من الحقوق المالية فالحقوق البدنية قد ينظر فيها الاوصيا
باعتبار استيفايها للمحجور او التمكين حتى تستوفى منه وذلك في القصاص
وشبهه **وقوله** اما الواحدة فلا يجب المبيت عندها وهذا مما لا اعلم فيه
خلافا وهو مقيد بعدم قصد الضرر **وقوله** ولا يدخل على ضرتها في زمانها
الحق الاصل ان كل واحدة منهما تختص بزمانها فلا يدخل عليها الا لموجب
واختلف في ذلك الموجب فقيل هو ان تدعوه الى ذلك حاجة يعني في غير
الاستمتاع بها وانما هو كمناولة الثوب وما اشبه ذلك من تفقد امورها وقيل
بل لا بد مع ذلك من ضرورة بان تكون تلك الحاجة بعسر استنابة غيره فيها
والقول الاول اشبه بما ورد في الاثار ويدل عليه حديث زينب المتقدم في الوليمة
بل قد خرج مسلم من حديث عايشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى
العصر دار على نسايه فيدنوا منهن وخرج ابو داود عن عروة قال قالت
عايشة يا ابن اختي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض

في القسم

٩٢

في القسم من مكثه عندنا وكان قل يوم الا وهو يطوف علينا جميعا فيدنوا
من كل واحدة من غير مسيس حتى يبلغ التي هو يومها فيبيت عندها **وقوله**
ويبدا بالليل اختيارا معناه ان شا ابتدا القسم من الليل او من النهار والاختيار
وهو الاشبه بالاحاديث ان الابتدا بالليل وباول النهار وذكر بعضهم
في ذلك قولين احدهما الابتدا بالليل والثاني الابتدا بما شا من ليل او نهار ولابد
على القولين من الجمع بين الليل والنهار عند التي لها ذلك اليوم **وقوله**
ولا يزيد على يوم وليلة الا برضاهن هذا هو المنصوص في المذهب وخرج بعضهم
الخلاف فيه من اجازة ابن القصار ان يسبع عند البكر ويحاسب الحديث ام
سلمة ورد بعضهم بان احكام العروس خارجة عن مقتضى القياس
والمرجوع فيها الى ما ورد فلا يقاس عليها وقوله الا ان يتباعد بلدانهن فيقسم
على ما يمكنه من صورة فتكون القسمة على ما تدعو اليه تلك الضرورة
جمعة جمعة او شهرا شهرا او شهرين شهرين او اكثر من ذلك **وقوله**
ولا يجمع بين ضرتين في مكان اما الجمع بينهن في دار واحدة ويكون لكل
واحدة منهن بيت فذلك من حقهن فان رضين به جاز وان ابين منه
او كرهته واحدة المنكر منه وهذا لا ينبغي ان يسكنا معا
باختيارهما ان يكون القول قول من ارادت الخروج منهما واما الجمع
بينهما في بيت واحد فلا ينبغي ذلك ولو رضينا بذلك ولا يطا احداهما
بحضرة الاخرى ولذلك لا يطاها والاخرى في البيت وان لم تسمعهما لغير
واحد ولذلك لا يطا بحضرة صبي ممهود او حيوان ورايت لبعض القرويين
انكار ذلك واختلف هل يبيت مع امتيه في فراش واحد والاقرب المنع
**وقوله** ولا تستدعيهن الى بيته على التناوب الا برضاهن يعني وليس
من حقه ان يسكن بيتا وتاتيه كل واحدة الى بيته في يومها لان في
ذلك امتهانا لهن فان رضين به جاز **وقوله** وليس التسوية في
الوطي بواجب يريد بل ينبغي على سجيته من دعته نفسه اليها اتاها ولا يلزمه
ان يطاهن عددا ما وطي تلك الا ان قصد الى الضرر واشد منه ان يكف

[illegible]

عروطها احداهما فقد تدعو نفسه اليها لتوفر لذته في الاخرى اما الان
نفسه تدعو اليها اكثر او لغير ذلك من قصد الضرر وهو مراد المولف
بقوله وقوله واذا احدث نكاح بكر الى قوله ولا يقضي في جماع مسلم
عن انس قال اذا تزوج البكر على الثيب اقام عندها سبعا واذا تزوج الثيب
على البكر اقام عندها ثلثا قال خالد الحذا ولو قلت رفعه لصدقت
ولكنه قال السنة كذا وفي الموطا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لام
سلمة حين تزوجها واصبحت عنده ليس بك على اهلك هوان ان شئت
سبعت لك عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك
ودرت فقالت ثلث والصحيح عندهم ان معناه ان شئت سبعت عندك
بعد الثلاث وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ثم درت
بعد هذه الثلاث لاجل انه اذا سبع عندها حسب لها في التسبيع ثلثة
ايام التي مكث عندها ويدل عليه ان في بعض طرق هذا الحديث ان النبي صلى
الله عليه وسلم لما تزوج ام سلمة اقام عندها ثلثا ثم اراد ان يدور فاخذت
بثوبه فقال ما شئت ان شئت ان ازيدك ثم قاصصتك به بعد اليوم قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث للثيب وسبع للبكر والقصة واحدة
والاثار بهذا المعنى كثيرة لولا الاطالة لجلبناها واختلف العلما في
هذه المسئلة فقال مالك والشافعي يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب
ثلثا فان كانت له امرأة اخرى قسم بينهما بعد ان تمضي ايام التي تزوج
هكذا حكى بعض الشيوخ عن مالك وظاهره ان هذا الحق للمرأة سوا كان له
امرأة غيرها او لم تكن وهو قول في المذهب عن ابن عبد الحكم والذي
يحكيه الاكثر ان هذا انما يكون من حقها على القول بانه حق
للمرأة اذا كان له امرأة غيرها واما ان لم يكن له غير هذه التي تزوج
الان فلا حق لها في ذلك بل يقسم عندها ما شاء وقال الاوزاعي مضت
السنة ان يجلس عند البكر سبعا وعند الثيب اربعا وان تزوج
بكرا وله امرأة اخرى فان للبكر ثلاثا ثم يقسم وان تزوج الثيب وله

امرأة

امرأة كان لها ليلتان وقال الثوري اذا تزوج البكر على الثيب اقام عندها
ليلتين ثم قسم قال وقد سمعت حديثا انه يقيم مع البكر سبعا ومع الثيب 92
ثلثا وقال ابو حنيفة القسم للبكر والثيب سوا لا يقيم عند الواحدة
الا كما يقيم عند الاخرى وحملوا حديث ام سلمة الذي في الموطا على ظاهره
قالوا ومعنى قوله وان شئت ثلثت ودرت اي مثل ذلك واكثر واهدا
بقوله صلى الله عليه وسلم من كان له زوجتان الحديث المتقدم وكلام المولف
ظاهر التصور ولا خلاف فيه في المذهب الا ما قدمناه واما ما ياتي في
الثيب من حكاية بعض الشيوخ ومعنى قوله ولا يقضي اي لا يقضي لبقية
ثانية مثل ما مكث عند التي استجد نكاحها وقوله وفي القضا
لها به قولان يعني انه حق للمرأة واذا كان حقا لها فهل يقضى به قولان
واختلف المذهب هل هو حق لها او لهما جميعا فذهب محمد بن عبد الحكم
الى انه يقضى لها وذهب اصبغ الى انه لا يقضى لها وقوله وفي اجابة
الثيب الى التسبيع قولان قد تقدم اصل المذهب في هذه المسئلة وكذلك قول
المولف وعلى الاجابة يقضي سبعا سبعا وهو كلام من حمل حديث ام سلمة
المذكور على ظاهره والمحققون على نفيه بالوجه الذي ذكرناه اولا
وقوله والمشهور التسوية الى قوله وهو ظاهر التصور وما حكى عن ابن
الماجشون ان مالكا رجع اليه هو مذهب ابن الماجشون ايضا للحرة ليلتان
وللامة ليلة والقاسم هو المشهور فاذا فرع على الثاني فان بدا بالحرة
فعتقت الامة قبل انقضا يومها اكمل لها يوما وان عتقت بعد انقضايه
لم يزد على ذلك وان بدا بالامة فعتقت قبل انقضا يومها او بعده فكالاول
في الوجهين والله تعالى اعلم وفيه بحث وقوله وما ظلم في القسم فات
اي وما ظلم في قسمه بينهن فان بقي عند واحدة منهن يوما فاكثر ولم ينته
الى واحدة منهن في اليوم الثاني ومعنى قوله ولو كان باقامته عند غيرها
اي ولو كان باقامته عند غيرها بان اقام عند الاولى يوما وعند الثانية
اكثر منه لك وشبه ذلك في المدونة بما ذكره المولف في المعتق

العتق

بعضه والحكم فيه انه يخدم سيده بقدر الجزء الرقيق فاذا ابق لم يلزمه
ان يقضي لسيده من الخدمة بقدر الايام التي ابق فيها وانكر هذا التشبيه
بان اكثر احكام المعتق بعضه بالقن فليست الشركة بينه وبين
سيده حقيقة بخلاف الزوجين وحكى بعضهم في مسئلة الزوجين قولا
بالقضا ولعله قوي عنده استقرا اللخمي فعده قولا ثانيا ومعنى ما ذكر المولف
من ذلك هو ان رجلا له اربع نسوة فبقي عند احداهن شهرين ظلما فهو يتب
على ذلك الخلاف ان كان في التي بقي عندها الا بعد سنة اشهر حتى تقضي
للبواقي مثل ما ظلمهن فوقع في السليمانية انه ليس بمول من المحلوف عليهن
قال اللخمي لو لم يلزم القضا لكان موليا وهو ظاهر ورد بانه لم يقصد الضرر
بذلك بل اراد العدل فيكون كمن حلف ان لا يطا زوجته حتى تفطم
ولدها واجيب بان المرضع وان لم يقصد الضرر لها لكن ترك الوطء يعود
نفعه على ولدها ومسئلة الزوجة لا يعود لها نفع ولا لولدها ولذلك
لو حلف ان لا يطا المرضع عامين قصدا لنفي الضرر عن ولده ومات وقد
بقي من العامين اكثر من اربعة اشهر فانه يكون موليا **وقوله**
انه لا يفوت معمول لقوله واستقرا اللخمي اي واستقرا انه لا يفوت بل
يقضى للمظلومة مثل ما بقي عند غيرها **وقوله** واذا وهبت واحدة
يومها لضرتها فللزوج الامتناع لا للموهوبة يريد ان هبة الضرة
لضرتها يومها جائزة ثم للزوج الامتناع من قبول تلك الهبة وليس
للموهوبة الامتناع منه لان الحق في الاستمتاع بالواهبة بيد الرجل
فلو جاز للموهوبة قبول هذه الهبة بغير رضى الزوج لسقط حق
الزوج في متعته بالواهبة بغير رضاه وهو باطل وكذلك لو قبل
الزوج الهبة لم يكن للموهوبة الامتناع من القبول وفي الصحيح عن
عائشة رضي الله عنها قالت ما رايت امراة احب الي ان اكون في
مسلاخها من سودة بنت زمعة من امراة فيها حدة فلما كبرت
جعلت يومها من رسول الله صلى الله عليه وسلم لعايشة قالت يا رسول الله اني قد

جعلت

جعلت يومي منك لعايشة فكان رسول الله صلى الله عليه
94 وسلم يقسم لعايشة يومين يومها ويوم سودة **وقوله** وان وهبت للزوج
قدرت كالعدم ولا يخص يريد ان هبتها له ان تبقى ايام القسمة على
عددها ويكون للموهوبة يوم نفسها ويوم الواهبة واما هبتها يومها
لاحدى الثلاث للزوج فانه تسقط من عدد ايام القسمة واحدا وتصير
الواهبة كالعدم فلو كن اربعا فوهبت واحدة منهن يومها
لاحدى الثلاث كانت ايام القسمة اربعة للموهوبة يومين ولغيرها
يوما يوما ولو وهبت يومها للزوج صارت ايام القسمة ثلثة وليس
للزوج ان يخص احدى الثلاث بذلك اليوم ليكون لها يومان لان معنى
هبتها للزوج اسقاط حقها عنه لانها جعلت ما كان لها بيد هذا
قالوا وقال بعض اهل العلم اذا وهبت يومها للزوج كان مخيرا بين اسقاط
يومها ويقسم للثلاث كما قلنا وبين ان يخص به واحدة ويبقى عدد ايام
القسم على ما كان كما لو وهبت هي ذلك لواحدة من الثلاث قلت
والاقرب ان يرجع في ذلك الى سوالها عن مرادها بالهبة هل ارادت
الاسقاط او تمليك الزوج وعلى هذا اذا ارادت تمليك الزوج يكون
مخيرا في ذلك اليوم يجعله لمن شا من الثلاث متى شا وينقله عمن جعله اليها
اذا شا واليك التفريع لو كن اربعا فوهبت منهن واحدة يومها
لاحدى الثلاث ووهبت احدى الثلاث اما الموهوبة او غيرها يومها
للزوج والحكم في ذلك ظاهر مما تقدم **وقوله** ولها الرجوع متى
شات يعني في القسمين مقاسوا وهبت ذلك لضرتها او لزوجها قالوا الان
ذلك مما لا يصبر عليه عادة ولهذا لو وهبت اليوم واليومين من ضرتها
او لزوجها قلت والاقرب الجواز اذ لا مانع منه سوى جعل العوض ماخوذ
في ذلك عن الاستمتاع او عن اسقاط الحق وهو الاقرب والذي ذكره
المولف في هذا الفصل هو كلام شارح المدونة على مسئلة المدونة قال
فيها واذا رضيت امراة بترك ايامها او بالاثرة عليها ولا يطلقها جاز

ولها الرجوع متى شاءت فاما عدل او طلق ومعنى الاثرة عليها التي يحتاج
الى رضاها فيها هو ان ترضى بان ينقصها من الواجب لها في نفقة وكسوة
واما ان لو ترضيتها عليها بالمحبة فهذا غير داخل في التكليف وان اثر ضرتها
عليها بزيادة في نفقة وضرتها ممن تستحق ذلك لمنصبها ولا تستحقه
الاخرى فهذا جائز بل واجب عليه وان كان حالهما يقتضي التساوي الا انه
تطوع لواحدة بان زادها على ما يجب لها وشبه ذلك فهذا فيه قولان
وفي الموضع الذي يحتاج الى اذن المؤثر عليها فلو تاذن له خيرها بين الطلاق
او الايثار عليها فاذنت له بسبب ذلك ففيه قولان ايضا **وقوله** واذا
اراد سفرا باحداهن فان شاء ان كان غزوا او حجا اقرع والا اختار يريد
انه اختلف اذا سافر واراد ان يستصحب معه بعضهن فهل يقرع بينهن
او يختار في ذلك ثلثة اقوال الاول انه يقرع بينهن فالتي خرجت لها القرعة
تتعين للسفر سواء كان سفره للعبادة كالغزو والحج او لغيرها كالتجارة
والقول الثاني يخير سواء كان سفره ايضا للعبادة او لغيرها والقول الثالث
ايضا التفصيل وهو ظاهر كلام المولف وقال بعضهم انه يقرع بينهن في سفر
الحج والغزو وفي ساير الاسفار روايتان اثبات القرعة ونفيها وظاهر المدونة
ان القرعة في سفر الغزو خاصة ولا يلحق به سفر الحج قال فيها وان سافر لحاجة
او في حج او في غزو سافر بايتهن شاء بغير قرعة اذا كان على غير ضرر ولا ميل
وان كانت القرعة في الغزو ولما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حج بنسائه
جميعا لكن الاقرب عند استواء الحاجة اليهن او تقاربها اثبات القرعة
فهو اقرب الى العدل والى تطييب نفوسهن قال في المدونة واذا قدم ابتدا
ولا يقاص التي معه قال ولو سافرت احداهن لحج او ضيعتها واقام الزوج
لم يحاسبه بما سافرت وابتدا القسم قال مالك في المبسوط ان قالت اخرج عليك
ان قال صاحبتي في يومي او تبيت عندها في ليلتي لم يخرج ذلك عليه وهي تركت
يومها يوم خرجت وقال ايضا ان كان بينهما ميل او قرب من ذلك فلا يحسبها في
يوم الاخرى وان كان سفرا بعيدا فلا باس **وقوله** واذا نشزت

وعظها



وعظها ثم هجرها ثم ضربها غير مخوف يريد ان الاضرار وعدم الانقياد
الى الحق اما ان يكون من احد الزوجين او منهما او لا يعلم ممن هو فان كان
من احدهما وهو الزوجة فقال غير واحد من اهل العلم المذهب يزجرها الامام
وقال المولف وغيره وعظها يعني الزوج وليس بالخلاف بل معناه ان الزوج
الزوج يفعل ذلك قبل ان يبلغ الامام فان بلغه ورجي اصلاحها على يد زوجها
فعل الزوج ذلك وان لم يرج اصلاحها بذلك تولى الامام زجرها ثم المولف
اذا تولى ذلك فقال المولف يعظها ثم يهجرها ثم يضربها وكانه اراد امتثال
قوله تعالى واللاتي تخافون نشوزهن الاية وعليه سوالان احدهما انه جعل موجب
ذلك هو حصول النشوز ووقوعه منها والاية دلت على الاكتفا بخوف
ذلك والثاني ان العطف في الاية وقع بالواو المقتضية للجمع وظاهره جواز
اجتماع الوعظ مع ما عطف عليه في زمن واحد والمولف ذكره مرتبا والجواب
عن الاول ان معنى الاية على حذف مضاف تقديره واللاتي تخافون ضرر
نشوزهن وعن الثاني ان العطف المذكور باعتبار جماعة النسا لانهن
من تصلحها الوعظ ومنهن من تصلحها الهجر ومنهن من لا تصلحها الا الضرب
فتعين لكل واحدة ما يظن انه يصلحها وايضا فان الترتيب لا ينافي معنى الواو
وقيد الضرب بكونه غير مخوف ثم قال فان ظن انه لا يفيد لم يجز ضربها
وذلك لان الزجر بالضرب غير مراد لذاته وانما يراد للاستصلاح به فاذا
ظن انه لا يفيد سقط الامر به كما تسقط ساير الوسايل عند ظن عدم ترتب
المقاصد عليها وهذا ذكره بعض الايمة ومن يامنه في الصبي اذا ظن ان الضرب
لا يفيد فيه شيا فانه لا يضرب قال واما الكبير فيسجن ولا يضرب
لان في السجن كفه عما يفعله من المفاسد ولا يضرب لان الغرض عدم
تاثيره في الكف **وقوله** فان كان العدوان منه زجر عنه مثل ما
تزجر هي عن ذلك الا ان متولي زجره هو الامام وزاجرها من تقدم واما
اذا كان العدوان من كل واحد منهما وعلى ذلك قال فالزاجر هو الامام ايضا
**وقوله** فان اشكل ولا بينة ولم يقدر على الاصلاح اقام الحاكم

يعني فان اشكل من هو العدوان ولم تقم بينة على ان عدم قيام البينة
لازم للاشكال اذ يستحيل قيام البينة بتعيين من هو العدوان مع بقاء
الاشكال ومع ذلك لم يقدر على الاصلاح بينهما فحينيذ يبعث الامام ولا
خلاف في صحة اقامة الامام او الزوجان حكما هذا مذهب مالك
وكذلك عنده يكون الزوجين ان كانا محجورين وقال ربيعة لا يبعث
الحكمين الا السلطان وكان مذهبه اسعد بظاهر الاية لان قوله تعالى
وان خفتم شقاق بينهما يدل ظاهرا على ان المراد به الاية فينبغي ان يكون فاعل
فابعثوا كذلك واختلف شيوخ الاندلسيين هل يعمل على قول امين
او امينة بينهما فيسكنان معهما او لا يعمل على ذلك او يعمل على قول الامينة
فان اشكل الامر بعد ذلك فحينيذ يبعث الحكمان ومن يرى منهم بعث
الامينة يقول تكون نفقتها عليهما قال بعضهم ولا يكتفي القاضي بقول
الامينة الا ان يكون هو الذي بعثها وكذلك ما قال بعضهم اذا اشتكت
المراة ضرر الزوج امر الجيران ان يتفقدوا امرهما وان لم يكن مع جيران
امر بنقلهما الى موضع فيه ناس صالحون ولا يعسر عليه ان يرحلها من البادية
الى الحاضرة ولا من طرف المدينة الى وسطها الا ان لا يجد من حولهما من
ينصفها منه وان شكت الوحدة ضمت الى الجماعة والامر الا ان يتزوجها
عالما بذلك **وقوله** حكمين ذكرين حرين عدلين فقيهين بذلك حكما
من اهله وحكما من اهلها لا شك انه اذا اجتمع في الحكمين هذه
الصفات مضى حكمهما وانما النظر اذا اختل منها او من احدهما بعض هذه
الصفات قال في المدونة ولا يجوز في ذلك تحكيم عبد ولا صبي ولا مشرك
او سفيه او امراة بعث الامام او بعث الزوجين دونه او من يليهما ان
كانا في ولايته ثم قال ولو حكم الزوجان من ذكرنا انه لا يحكم ففرق لم
يمض ذلك ولا يكون طلاقا ولان ذلك لم يكن على وجه تمليك الطلاق
ويدل على ذلك دخول الزوجة فيه تحكيمها له ولا مدخل للزوجة في تمليك
الطلاق قال ابن زيد وغير واحد من الشيوخ ان اكثر هذا الباب في المدونة





لعبد الملك لا لابن القسم وروي عن عبد الملك ان تحكيم المراة والعبد
العارفين المامونين جائز وحكمهما لازم ما لم يكن خطا بينا وقاله اشهب
واصبغ وقال بعض الشيوخ اختلف في تحكيم المراة والعبد والصبي الذي
يعقل على ثلثة اقوال الجواز والمنع والمنع في العبد خاصة ولا خلاف ان
النصراني والصبي الذي لا يعقل من المسلمين لا يجوز تحكيمه وهذا الباب
شبيه بمسالة تحكيم الخصمين رجلا بينهما ومعنى قوله فقيهين بذلك
اي بما يحتاج اليه في هذا الباب لا بعموم الفقه **وقوله** فان لم يوجد احدهما
او كلاهما فمن غيرهما يريد ان لم يوجد الحكمان على هذه الصفة في اهل
الزوجين او لم يوجد احدهما كذلك ووجد الاخر فانه ينتقل الى الاجانب
وظاهر هذا الكلام ان كونهما من الاهل من شروط الوجوب وهو ظاهر
الوجوب وقال بعض الشيوخ ان هذا الشرط وكونهما فقيهين من
شروط الكمال واما اشتراط العدد فقال المؤلف ويجوز ان يقيم الزوجان
او الوليان واحدا على الصفة لا على غيرها ويستحب ان يكونا جارين فان جاز
للزوجين او الوليين بعث حكم واحد ولم يجز ذلك للامام وهو مراده
بقوله خاصة وهكذا قال الباجي وعليه فهم المدونة اعني اذا بعثهما الزوج
ونسب هذا الفرع لابن القسم قال الباجي ووجه ذلك عندي ان الحق في ذلك
لا يخرج عن الزوجين قال ولا يجوز ذلك للسلطان ولا لولي اليتيمين
لان في ذلك اسقاطا لحق الزوجين وفي هذا القدر خلاف ما قاله المؤلف
وقال اللخمي ان جعل ذلك القاضي الى واحد من غير الاهل مضى ولم ينقض وكذلك
ان كانا تولى عليهما والتحكيم من قبل من يلي عليهما وهذا الوجه وان
وافق عليه المؤلف فقد خالف في ان جعل ذلك للقاضي والحاصل ان طريق
المؤلف موافقة للباجي من وجه وللخمي من وجه واما استحباب كونهما
جارين فيحتمل ان يريد به عموم الحكمين سواء كانا من الاهل ويحتمل ان
يريد به اذا كانا اجنبيين والظاهر العموم الا انه يتاكد اذا كانا
اجنبيين لان المجاورة توجب مزيد علم بحال الزوجين والاجنبيين اشد

حاجة لذلك والله تعالى اعلم **وقوله** وغير المدخول بها كذلك يريد ان
الموجب لبعث الحكمين هو خوف الشقاق بين الزوجين وذلك يتصور
منهما قبل الدخول كما يتصور بعده الا ان العادة تقتضي كثرة وقوع ذلك
بعد الدخول فاذا حصل بينهما قبل الدخول فلو انتظر منهما الدخول لادى
ذلك الى زيادة الشقاق وهذا الذي قاله المؤلف هو قوله في المدونة وفي
كتاب ابن المواز وقد احتج به بعضهم على صحة قول ابن لبابة في التي شرط
لها زوجها في عقد صداقها ان لا يضر بها فان فعل فامرها بيدها فقالت بفوتها
عليه بذلك قبل الدخول بها قال ابن لبابة لها الاخذ بشرطها وقال غيره
من معاصريه ليس لها الاخذ بذلك **وقوله** وهما حكمان
ولو كانا من جهة الزوجين لا وكيلان على الاصح يعني ان هذين المبعوثين
ينزل مجموعهما منزلة الحاكم لا منزلة الوكيل سواء بعثهما القاضي
او بعثهما الزوجان او ولياهما هذا هو الاصح وحكى بعض المتاخرين
قولا ثانيا انهما بمنزلة الموكل ولعل محل الخلاف ان ثبت هو اذا بعثهما
الزوجان لا القاضي واستدل في المدونة على انهما حكمان بان قال اثر
الكلام على شروط الحكمين ولو حكم الزوجان من ذكرنا انه لا يجوز
ففرقا لم يمض ذلك ولا يكون طلاقا لان ذلك لم يكن على وجه تمليك
الطلاق ويدل على ذلك دخول الزوجة فيه بتحكيمهما لهما ولا مدخل
للزوجة في تمليك الطلاق وهو استدلال لا يصح على اصل المذهب لان للحكمين
الفراق على ما سياتي الان وعلى هذا وكذلك اشار بعضهم فتظهر ثمرة
الخلاف هل يصح الطلاق ممن لم تحصل فيه الشروط المذكورة او بعضها
فعلى القول بانهما وكيلان يصح وقوع الطلاق وعلى القول بانهما حكمان
ينظر فيهما نظرا كالنظر في احكام القاضي اذا ولي ولم تجتمع فيه
شروط القضاء قال المؤلف فينفذ طلاقهما من غير اذن الزوج وحكم
الحاكم يعني فاذا كانا حكمين لا وكيلين نفذ ما فعلاه
من طلاق وغيره ولا يحتاج الى اذن الزوج في ذلك ولا الى حكم الحاكم
لانهما

لانهما لو كانا وكيلين لافتقر نفوذ فعلهما في الطلاق الى اذن من
وكلهما وهو اما الزوج او الحاكم والمذهب خلافه وفيه نظر لاحتمال
ان يقال هذه الوكالة ممن يجوز بها صحة ايقاع الطلاق فاذا انعقدت
الوكالة صح للوكيل ان يفعل ما تضمنته وكالته ولا يفتقر الى زيادة
اذن له **وقوله** وعليهما ان يطلبا الالفة يعني انهما ينظران اولا
بالاصلاح لهما في الالفة وحسن المعاشرة فان لم يقدرا على ذلك وتعذر
عليهما فرق بينهما فاما الوجه الاول فلا خلاف فيه بين اهل العلم وهو
صريح قوله تعالى ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما واما الوجه الثاني
وهو التفريق فاختلف العلماء فيه فاجازه مالك وغيره ومنع منه
الشافعي وابو حنيفة وطائفة والخلاف فيه مبني على عود الضمير
في قوله تعالى ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما هل هما الحكمان او الزوجان
وهل التفريق من الاصلاح اولا وفي الموطا عن علي رضي الله تعالى عنه ان
للحكمين الفراق وروى سفيان جاء رجل وامراة الى علي ومعهما فئام
من الناس فقال علي ما بال هذين فقالوا وقع بينهما شقاق قال فابعثوا
حكما من اهله وحكما من اهلها فبعثوا حكما من اهله وحكما
من اهلها فقال لهما علي هل تدريان ما عليكما ان رايتما ان تجمعا جمعتما
وان رايتما ان تفرقا فرقتما فقالت المراة رضيت بكتاب الله تعالى
وبما فيه علي ولي وقال الرجل اما الفرقة فلا فقال علي لا والله لا تنقلب
حتى تقر بما اقرت وروى عبد الرزاق ان عقيل بن ابي طالب تزوج فاطمة
بنت عتبة بن ربيعة فقالت تصبر لي وانفق عليك فكان اذا دخل
عليها قالت اين عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة فسكت حتى
دخل عليها يوما وهو برم فقالت اين عتبة وشيبة فقال على يسارك
في النار اذا دخلت فشدت عليها ثيابها وجاءت عثمان فذكرت ذلك
فضحك وارسل ابن عباس ومعاوية فقال ابن عباس لافرقن بينهما وقال
معاوية ما كنت لافرق بين شيخين من بني عبد مناف فاتيا فوجداهما

[illegible] ان الحكمين ايضا اذا حكما بالفراق على اصل المذهب
مضى سواء وافق مذهب الامام او خالفه وذلك يحقق لكونهما حكمين
لا وكيلين قال غير واحد من الشيوخ ولا يسقط الاعذار في حكم
الحكمين قال ابن رشد لانهما لا يحكمان في ذلك بالشهادة القاطعة
وانما يحكمان بما خلص اليهما بعد النظر والكشف قال بعضهم ويثبت
عند القاضي الحاكم بشهادتهما انهما رايا تفاقا وانهما حكما بكذا وقال
غيره انما يثبت ذلك بشهادة شاهدين يحضران اعلامهما القاضي بذلك
واما قول المؤلف فان [illegible] او كان المسيء الزوج فرق بينهما فهذا ظاهر
باعتبار حكمهما بالفراق على اصل المذهب ولكنه سكت عن الصداق
هل يسقطان منه شيئا ولا والمنصوص انهما لا يسقطان منه شيئا لان
الاسقاط حينئذ على خلاف النص في قوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه
نفسا فكلوه هنيئا مريئا واما قوله وان كانت الزوجة المسيئة فظاهر
التصور ولم يتعرض ايضا الى الصداق [illegible] او خالعا له بنظرهما وليس في
ذلك بيان وقد نصوا على ان لا شيء لها من الصداق اذا احب الزوج الفراق
وقال عبد الملك لو حكما عليه باكثر من الصداق جاز اذا كان
سدادا فراى بعضهم انه لا يختلف في اسقاط الصداق وان ما زاد على
الصداق يختلف فيه واما قول المؤلف وان كانت منهما فالها ما يخف بنظرهما
فهو قريب من قول ربيعة في المدونة وان كان الظلم منهما نقصا اعطى الزوج
على الفراق بعض الصداق وهو معنى قول المؤلف وان كانت منهما اي المضارة
وانما بات الفاعل وقوله ما يخف هل هو قول ربيعة بعض الصداق وقد
اختلف الشيوخ في قول ربيعة هذا هل هو وفاق المذهب او خلاف
قال ابو عمران معنى ظلمه لها في هذا الوجه اي بدعواها ولم يثبت ذلك
ولو ثبت ظلمه لم يجز ان ياخذ منها شيئا على الفراق ولو حمل كلام ربيعة
عنده على ظاهره لكان مخالفا للمذهب وخالفه الاكثرون وحملوا كلامه
على ظاهره وراوه موافقا للمذهب ثم قال بعض من راى هذا الوجه ان كان





اضرارهما مشتركا فيما اخذت يغرم نصف الصداق وان كان الاضرار منها
اكثر اخذت باكثر من ذلك فان كان منها اقل اخذت باقل من
ذلك قلت وينبغي مع هذا ان ينظر الى البادي منهما بالظلم والعادي
على ذلك ان علم البادي ويكون لهما حكم اخر وهذا الذي قدمناه هو
الحكم اذا علم الظلم ممن وقع واما لو اشكل ذلك فقال بعضهم يكون
الحكم حينئذ كما لو علم تساوي الظلم منهما قال ابن المواز واذا نزع احد
الزوجين او نزعا جميعا قبل حكم الحكمين فذلك لمن نزع الا ان يكون
السلطان هو الباعث او يكون النزوع بعد ان استوعبا الكشف
عن امرهما وعزما على الحكم فلا يعتبر نزوع من نزع ويلزمه الحكم
وخالفه بعضهم فيما اذا نزع الزوجان جميعا ورضيا بالاصلاح فقال
ينبغي ان لا يفرق بينهما وذكر بعضهم قولين في نزوع الزوجين قبل الحكم
خلاف نزوعهما بعده **وقوله** واذا حكما باكثر من واحدة
لم يلزمه الزائد وفي بعض النسخ زيادة وقيل يلزم والمنصوص في المذهب
عدم اللزوم قال في المدونة لان ما زاد على الواحدة خارج عن معنى
الاصلاح يريد ان بعث الحكمين انما هو للاصلاح والزائد على الواحدة
لا اصلاح فيه فلا يجوز ولا يلزم ان وقع وما ذكرنا عن بعض
النسخ ذكره بعضهم تخريجا ولم يذكر على ما ذا خرجه **وقوله**
واذا اطلقا واختلفا في الخلع فللغارم المنع يعني ولو اتفق الحكمان على
الطلاق واختلفا في العوض فاثبته احدهما ونفاه الاخر فللذي حكم
عليه بالغرم منهما الامتناع منه لان مجموعهما يتنزل منزلة الحاكم الواحد
ولا وجود للمجموع بانتفاء بعض اجزائه ونص في المدونة على انه ان حكم
احدهما بالفراق ولم يحكم الاخر انه لا يلزم الفراق ووجه ما ذكرناه
ولذلك سكت المؤلف عنه لانه في معنى ما ذكر بل احرى وخرج
بعضهم في الفرع الاول قولا بعدم لزوم الطلاق ولو اجتمعا عليه اذا
اختلفا في الخلع من الخلاف في اختلاف الحكمين في جزاء الصيد **وقوله**

وفي العدد الى الحكم يعني اذا اختلف الحكمان في العدد فحكم احدهما بواحدة
والاخر باثنين او ثلاث او البتة ففي ذلك ثلثة اقوال احدها وهو المشهور
لزوم واحدة وسقوط ما زاد عليها والثاني عدم اللزوم مطلقا فلا تلزم الواحدة
ولا غيرها والقول الثالث التفصيل ان حكم احدهما بواحدة والثاني باثنين
او ثلاث لزمته واحدة وسقط ما زاد على الواحدة فقد اجتمعت عليه هذه
الاقوال وهو بين جار على ما تقدم واما الخلاف في لزوم الواحدة فراي في
المشهور ان لفظ البتة مرادف للفظ الثلاث وان الافراد كالاجزاء الداخلة
تحت المركب فقد اجتمع الحكمان عليها كاجتماع الشاهدين على الواحدة
اذا اشهد احدهما بطلقة وشهد الاخر باثنين او شهد احدهما بخمسين وشهد
الاخر بمائة وهذه قواعد مشهورة في المذهب والخلاف فيها منكر وبه
تعلم توجيه بقية الاقوال والله تعالى اعلم **قوله الطلاق** على ضربين
لما قدم الكلام على النشوز الذي هو سبب لبعث الحكمين اجماعا وكان
بعث الحكمين قد يؤدي الى الطلاق على المذهب كما تقدم مع انه استوفى
احكام النكاح ثم تلا الكلام على اثر بعث الحكمين وما به تزول
عقدة النكاح وذلك هو الطلاق ولم يتعرض لرسمه لان حقيقته
مشعورة للعوام فضلا عن الفقها بل قسمه على ضربين ليتكلم على
احكامه فقال بعوض من الزوجة او غيرها وقد قدم هذا النوع واكثر
الفقها يؤخرون الكلام فيه لانه ليس بسني او مختلف في كونه سنيا
والقسم الاخر سني فهو اشرف بهذا الاعتبار ولعل المؤلف ومن سبقه
الى ذلك راوا ان احكام الخلع معنوية او اكثرها معنوي واما
القسم الاخر فاكثر ما يتكلم فيه على الالفاظ ومدلولها والكلام
على المعاني اولى بالتقديم **وقوله** ويسمى خلعا يعني ان الطلاق المقترن
بالعوض يسمى خلعا سواء كان الطلاق واحدة او اثنين او ثلاثا واكثر ما
يستعمله الفقهاء في المقصر عن الثلاث وكما لم يفصل المؤلف في الطلاق
المقترن بالعوض باعتبار عدده بل سمى الجميع خلعا كذلك لم يفصل في





العوض ولا في مقداره بل سمى الكل انها خلعا وهو استعمال المتاخرين في
الشخص والمعنى فيقولون في ذلك مخالع ومختلعة وخلعا وغيره الاسن
الالفاظ سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده وفي المدونة والمبارية
التي تباري زوجها قبل البنا فتقول خذ الذي لك وتاركني والمختلعة
التي تختلع من كل الذي لها والمفتدية التي تفتدي ببعض مالها وتحبس
بعضه قال وكل ذلك سوا وسئل بهذا روى محمد بن يحيى عن مالك في
قوله وروى عنه المبارية التي لا تاخذ شيئا ولا تعطي والمختلعة التي
تعطي له ما اعطاها وتزيد من مالها والمفتدية التي تفتدي ببعض ما اعطاها
وكذلك المصالحة وقيل المبارية التي تترك ما لها عليه من الحق او تترك
كل واحد منهما ما له على صاحبه على الطلاق والمفتدية التي تترك جميع
ما اعطاها **وقوله** وحكمه البينونة يعني لا حكم للزوج على
الزوجة التي خالعها ولا يراجعها الا باختيارها كما لو خرجت من
العدة في الطلاق السني ولا اختلاف اعلم في ذلك ولولا ذلك لما افتى
المعاوضة وهذا حكمه باعتباره بعد الوقوع وما يحصل عنه من الاثار
واما حكمه الشرعي باعتبار جواز الاقدام عليه فقال غير واحد من
اهل المذهب بالجواز وقال ابن القصار هو مكروه وهو الذي ينبغي على
قولهم انه ليس بسني والاولون تمسكوا بما في الموطا عن حبيبة بنت
سهل انها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وان رسول الله صلى الله عليه وسلم
خرج الى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم من هذه فقالت انا حبيبة بنت سهل يا رسول الله قال
ما شانك قالت لا انا ولا قيس بن ثابت لزوجها فلما جا زوجها ثابت
ابن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت
ما شاء الله ان تذكر فقالت يا رسول الله كل ما اعطاني عندي
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس خذ منها فاخذ منها
وجلست في اهلها فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم خذ منها ارشاد الى الخلع

ولاسيما على ما خرجه البخاري وغيره كما سنذكره ان شاء الله تعالى
ولو كان منكروها لما ارشد اليه ولابن القصار ان يقول لا يلزم من انتفاء
الكراهة عن هذه الصورة وشبهها انتفاؤها مطلقا ولعل قصة
ثابت عارض فيها امر لعله من شنآن وبغضة وغير ذلك اوجب ارتكاب
اخف المفسدتين وهو الفراق على هذا الوجه والله تعالى اعلم وقد ظهر من
كلام المولف ان الخلع طلقة بائنة وذلك احد نوعي الطلاق فيكون
طلاقا وانما تميز عن النوع الثاني بانه عن عوض وبان الفرقة بائنة وهذا
الذي دل عليه كلام المولف هو المذهب وعليه اكثر اهل العلم قال في
المدونة والخلع طلقة بائنة سماها او لم يسم طلاقا فا معتدة عدة المطلقة
وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه في احد قوليه هو فسخ اذا لفظ بالخلع ولم
يذكر طلاقا وذهب اليه جماعة منهم ابو ثور وقال تنكح المختلعة
بغير رضاها ومعنى قوله في المدونة او لم يسم طلاقا تنبيه على مذهب
الشافعي ومن وافقه فيما حكيناه الآن عنهم لكن في المدونة وان اخذ
منها شيا وانقلبت وقال لا ذلك بذلك ولم يسميا طلاقا فهو طلاق وان
سميا طلاقا فهو ما سميا وان نوى بالخلع ثلاثا او اشترطه في الخلع ان يكون
طلاقا بطلقتين فذلك يلزم وخرج البخاري عن عكرمة عن ابن عباس
ان امراة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت
ابن قيس لا اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني اكره الكفر في
الاسلام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فتمسك
بهذا الحديث اهل المذهب ومن وافقهم في ان الخلع طلاق ولا تظهر فيه
حجة الا لو كان المخالف يقول ان كل خلع ليس بطلاق وقد علمت
تفصيله في ذلك فلعل الحديث جاء في احد نوعي الخلع فيرد على المستدل به
القول بالموجب على ان المخالف يتمسك بما رواه النسائي وغيره ان النبي
صلى الله عليه وسلم امرها ان تتربص حيضة واحدة وتلحق باهلها ولو

كان



كان طلاقا لوجب فيها بثلاثة قروء والا ان هذه الرواية لا تقوى قوة ما تقدم
عن البخاري والقصة واحدة **وقوله** فلو وقع النص على رجعية ببدل فبائن
على المشهور يعني فلو طلقها طلقة رجعية ونص على ذلك وكانت الطلقة على
عوض دفعته له ففيها قولان المشهور منهما انها بائنة ولا اثر للشرط والشاذ
انها رجعية والشرط عامل وما ذكره المولف عن المشهور هو مذهب المدونة
والقول الشاذ يروى عن مالك واختاره بعض الشيوخ ولا اشكال ان الخلع يجعلها
ثابت في العصمة مع ملك المراة نفسها ولا يتمكن مطلقها من ردها الا باختيارها
فمن راى ان كل واحد من الامرين مقصود لنفسه مع عدم المعاوضة على
احدهما ومن راى ان ذلك الثاني تابع لملكها من نفسها ولا وجود للتابع مع
انتفاء متبوعه جعل المعاوضة عنه مستلزمة لنفي الحكم الشرعي فلا يصح
وفيه نظر **وقوله** وعكسه بلفظ الخلع من غير بدل ثالثها ثلاث
يريد عكس الفرع الذي قبل هذا لان الاول صورته عدم الخلع وهو
اشتراط كونه رجعيا ووجود البدل وفي هذا عدم البدل مع وجود
الخلع وذكر فيه ثلاثة اقوال القول الاول لزوم طلقة واحدة رجعية
والثاني لزوم طلقة بائنة والثالث لزوم الطلاق الثلاث والاقرب هو
القول الاول والتزام البينونة فيه بعيد لانه لا موجب لها الا العوض او الثلاث
او كون الطلاق قبل البنا والفرض انتفا كل واحد من هذه الثلاثة الا ان
يقال لا نسلم انتفا الثلاث لان الخلع قد يكون معها فاذا تعذر حمل
الكلام على الخلع بالواحدة تعين حمله على الثلاث لقبول اللفظ له وانتفا
ما عداه لكن كثر كلام الاشياخ في تصحيح وجود هذا القول في المذهب
وعدمه وعلى القول الثاني لا يكون حصول العوض شرطا في وجود الخلع
ولا جزا واختلف العلما هل من شرط الخلع كونه عند السلطان فاجاز مالك
والاكثر ترك هذا الشرط قال في المدونة والخلع والمبارأة عند السلطان
وغيره جائز وحكي عن الحسن وابن سيرين وسعيد بن جبير اشتراط ذلك
**وقوله** وفيها سئل عن المطلق طلاق الخلع المذكور يعني هذا الكلام في

التهذيب لغير ابن القسم قال بعضهم وهو قول ابن الماجشون على انه لم يقوح
في التهذيب بلزوم الثلاث وانما قال وقال غيره فيمن قال لمدخول بها انت
طالق طلاق الخلع هي باين لانها لا تكون واحدة باينا الا بخلع محمول
على انه اراد الثلاث وهو ظاهر ومراد المولف من جلبه مسلة المدونة
هذه تصحيح وجود الاقوال الثلثة لان القولين الاخرين منصوصان منها
وهذا قول ثالث وقال بعضهم في ثلث مسايل طلق طلاق الخلع طالق واعطى
صالح واعطى وفي كل واحدة منها الاقوال الثلثة وانكر الاكثرون
وجودها في مسلة الذي طلق واعطى **وقوله** وفيها فيمن طلق واعطى
اكثر الرواة على انها رجعية كانه انما يريد بهذا انكار صحة
وجود هذا القول في الفرع الذي قبل هذا وقد اكثر شارحوا المدونة
الكلام في هذه المسلة ونسب بعضهم لاحد منهم رواية ابن وهب فيها الى
الوهم وذكر انها في كتاب ابن المواز وغيره على خلاف ذلك والنظر
في ذلك انما يتعلق بالكلام على المدونة وهو هنا قليل الجدوى بعد تصحيح
غير واحد وجود هذه الاقوال في المسايل الثلاث المذكورة **وقوله**
ولو اعطته مالا في العدة الخ يعني ولو اعطته المطلقة طلاقا
رجعيا في عدتها مالا على ان يسقط حقه في الارتجاع فقال مالك يكون
ذلك استيناف طلاق وتكون ثانية باينة وكانه راى ان عدم
الارتجاع ملزوم للطلاق البائن فانشاه الان غير ما تقدم فتكون
طلقة ثانية بائنة وكانه راى ان عدم الارتجاع ملزوم وهو بعيد
والله تعالى اعلم لان الواقع منهما ليس من صريح الطلاق ولا من كنايته
وهذا هو الذي راى اشهب وابن وهب الا ان ابن وهب راى صحة المعاوضة
في هذا المعنى كما تصح المعاوضة عنه مقرونا بالطلاق وهو اقيس
وراى اشهب انه يرد ما تعطيه المراة او بعضها عوضا على الانتقال
على صحتها ومذهب ابن وهب اصح والله تعالى اعلم واختار ابن القسم مذهب
مالك الا ان المسالة مفروضة لمالك اعطته مالا على ان لا رجعة له وفرضها

ابن القسم



ابن القسم واشهب وابن وهب اذا اعطته مالا على ان لا يراجعها
ومدلول هذه الالفاظ متقارب في المعنى في هذا الموضع **وقوله**
وشرط الموجب الخ مراده بالموجب هو المعاوض للمراة وذكر
الاسلام في هذا الموضع مع كون المراة مسلمة لا يظهر له كبير معنى
فان قلت قوله هنا مكلفا هو صفة لقوله زوجا ولذلك لا يصح
لانه اعم من المقصود الا ترى انه يدخل فيه الزوج البالغ السفيه وهو
لا يصح ان يكون موجبا في الخلع قلت قوله وولي عطف على قوله زوجا
لم يشرط ذلك الولي ان تكون ولايته على الصغير بخلاف السفيه على ما
نقوله الان فاذا كان ولي السفيه البالغ لا يصح ان يكون موجبا
في الخلع فاحرى السفيه ويلزم من ذلك ان يكون مراده بالمكلف
هو الرشيد والله تعالى اعلم فان قلت لا يلزم من عدم صلاحيته ولي السفيه
البالغ كذلك عدم صلاحية السفيه له لان الخلع احد نوعي الطلاق
والطلاق بيد السفيه لا بيد وليه قلت الذي بيد السفيه انما هو
الطلاق المجرد عن المعاوضة ولا يلزم عليه ان يكون بيده الطلاق
المقيد بالعوض لانه لو استقل السفيه بالنظر فيه لبطل معنى الحجر
عليه وذلك باطل على ما نقوله الان **وقوله** ولو كان ابا الخ يعني في
حق ولي السفيه ومعناه انه لا يخالع على السفيه البالغ وليه ولو
كان ابا ومراده بالعبد في قوله بخلاف السيد في العبد اي العبد
البالغ والصغير المجرور راجع الى مسلتي السفيه البالغ والعبد قال
بعض الشيوخ ما معناه انه لا خلاف ان للاب والوصي والسلطان
ومن قام مقامه ان يخالع عن الصغير وانما اختلف هل يطلقون عليه
بغير معاوضة على قولين والمنصوص ان الصغير اذا خولع عنه
فالطلقة باينة ولا اعتداد بها فانه قد كان في حق الكبير الرشيد
اذا وقعها على نفسه وعارضها بعض الشيوخ بالنكاح اذا عقد
عليه على شروط فقد قال ابن القسم اذا بلغ ونزع عنها لم تلزمه قال

وعلى ما الزمه هنا ان الطلاق كان يلزمه الشروط اذ الاصل واحدة ال
وقد جعلهما ابن وهب سوا يلزمه ذلك في الوجهين جميعا وهو القياس
واما السفيه البالغ فليس للاب والوصي ان يطلقا عليه بغير عوض
بلا اختلاف وانما الخلاف هل يجوز مخالعتهما عنه والعبد البالغ حكمه
حكم السفيه البالغ وقال بعض الشيوخ وان راى الوصي او الاب للمحجور
حسن النظر ان يطلق عنه بغير شي ياخذه له جاز قال في المدونة واذا
زوج السيد عبده الصغير لم يطلق عليه الا بشي ياخذ له وروى ابن نافع
عن مالك فيمن زوج وصيفه من وصيفته ولم يبلغا انه جائز فان
فرق السيد بينهما على وجه النظر والحسنة جاز ذلك ما لم يبلغا وقال
ابن نافع لا يجوز من ذلك الا ما كان على وجه الخلع وظاهر هذا ان في
طلاقه على عبده الصغير بغير عوض قولين واما بالعوض فجائز من غير
خلاف وقال بعض الشيوخ اختلف هل يخالع على عبده وامته اذا كانا
صغيرين فروى ابن نافع عن مالك انه اجازه وانكره سحنون وقال
هذا الشيخ ارى ان يجوز ذلك في الامة لان الطلاق بيد الزوج وقد
كان للسيد ان ينتزع مالها واذا كان ذلك الذي خالع به من
صداقها فلا مقال للامة فيه وانما المقال فيه للزوج مع بقاء العصمة
بخلاف العبد لانه يتهم ان يفرغ عبده فان فعل نظر السلطان فان راه
حسن نظر امضاه والا رده **وقوله** وفي خلع السفيه قولان
تقدم الان تصحيح القول بانه مردود ووجه القول بصحته
اذا وقع انه لما كان بيده حل العصمة من غير عوض فلان يكون
ذلك بيده اذا اخذ عليه عوضا اولى قال بعضهم ولا يبرا الدافع بدفعه
هذا العوض للسفيه وانما يبرا بدفعه لوليه لا اليه ولا يعترض هذا
بما يجوز له هو من قوت يشتري قوته وشبهه مما يقبضه السفيه
وبين الدافع يدفعه اليه لان ذلك انما اجيز فيما قل
والضرورة الداعية اليه اذ لو كلف ولي السفيه شراء قوته كل يوم

لكان ذلك



لكان ذلك غاية الحرج في حقه وليس هذا العلم **وقوله** وخلع
المريض قال فيه يريد المريض مرضا مخوفا وانما قال نافذ ولم يقل جائز
لان الاقدام عليه ابتدا لا ينبغي وهو كالطلاق حينئذ من غير عوض
والدليل على ذلك ان المذهب وجوب الميراث لها ان مات من هذا المرض
ولا يمنع منه رضاها بالطلاق واعطا العوض عنه قال في المدونة وكل
خالع زوجته في مرضه جاز له ما اخذ منها فان مات من مرضه ذلك
ورثته وان ماتت هي لم يرثها وكذلك ان ملكها في مرضه او خيرها
فاختارت نفسها او طلقها طلاقا بائنا في مرضه باي وجه كان
فانه لا يرثها ان ماتت وترثه هي ان مات من ذلك المرض لان الطلاق
من قبله فان قلت روى زياد بن جعفر ان المملكة في المرض لا ترث
وهو مذهب المغيرة في المخيرة فهل يتخرج منها قول في المختلعة بعدم
الميراث فيكون فيها قولان الا ترى ان ابن القسم اشار الى قياس المختلعة
في المرض على المملكة فيه قلت قد خرجه بعضهم وهو ظاهر لان نسبة
الطلاق في جانب المراة في مسالة الخلع اقوى منها في مسالة المملكة لان
ابتدا الطلاق في الخلع المملكة من الرجل بالتمليك ولم تعط المراة
عليه عوضا وعليها غضاضة ببقائها معه بعد ان ملكها فكانه هو
المطلق لها واذا كان الطلاق على هذه الحالة مانعا من الميراث على هذا
القول فلان يكون الخلع مانعا منه مع ظهور رغبة المراة في
الطلاق اولى الا ان هذا القدر من الاولوية ان صح كان قادحا في
قياس ابن القسم المختلعة على المملكة اذا تاملته وليس هذا العلم
ومثل ما حكيناه في صدر المسالة عن المدونة هو نص قول مالك في
كتاب ابن المواز واذا قلنا بان المختلعة ترثه فنص ابن المواز على انها
ترث مما اختلعت به وهو ظاهر لانه من تركته وذكر عن مالك انها
لا ترث منه قال الشيخ ابو عمران والقول الاول هو مذهب المدونة **وقوله**
المقابل لما كان من المراة بالموجب هو الزوج او من هو من جهته لانه مقابل

للموجب الا ان حل العصمة لما كان بيد الزوج الرجل وليس بيد المرأة
منه شيء وجب في الاجنبي اذا كان من جانب الزوج ان يكون نايبا عنه
كالوكيل او يكون له استيلاء عليه كالولي ولم يلزم مثله في
الاجنبي اذا كان من جهة المرأة بل يصح ان يكون اجنبيا عنها من كل
الوجوه ولهذا المعنى اشار المولف بقوله بشرطه اهليته التزام المال
فيلزم في الاجنبي والمال عليه واراد انه لا يشترط في هذا القابل سوى انه
ممن يصح منه دفع المال اي بحيث انه لا يكون عليه حجر ولا يعتبر فيه
اذن المرأة بل يصح ان يعطي الزوج مالا على ان يفارق زوجته وان لم
تسأله المرأة ذلك كما يصح منه ان يطلب ذلك من الزوج عن غير
عوض قال في المدونة ومن قال لرجل طلق امرأتك ولك علي الف
درهم لزم ذلك الرجل يعني فطلق ذلك الرجل امرأته فانه يجب له ذلك
قال بعضهم ما معناه لانه ادخله بسبب ذلك في عهدة فصار كمن
قال لرجل تزوج فلانة والصداق علي او اشتر سلعة فلان والثمن
لك علي وحكي عن ابي ثور انه خالف في مسألة الخلع قلت ينبغي ان تنقيه
المذهب بما اذا كان الغرض من التزام الاجنبي ذلك للزوج حصول
مصلحة او درء مفسدة ترجع الى ذلك الاجنبي مما لا يقصد به اضرار
المرأة واما ما يفعله اهل الزمان في بلدنا من التزام اجنبي ذلك
وليس قصده الا اسقاط النفقة الواجبة في العدة المطلقة على
مطلقها فلا ينبغي ان يختلف في المنع منه ابتداء وفي انقاع المطلق
بعد وقوعه نظر **وقوله** فان وكلته فكوكيل الشراء يعني ان
الاجنبي اذا خالع ولم تاذن له المرأة فالعوض عليه وحده يدفعه هو
ولا يرجع عليها به ولا على احد وان كان بتوكيلها له على ذلك
كان كما لو وكلته على ان يشتري لها سلعة فعلى الوكيل دفع ثمنها
ويرجع به على من وكله الا ان تشترط عند عقد البيع ان الموكل
هو الذي يدفع الثمن كما نص عليه في المدونة وغيرها وباقي الكلام عليه

ان



ان شاء الله تعالى في محله **وقوله** ولا يلزم في الامة والسفيهة الا باذن
يعني ولا يلزم دفع الصداق في العوض او ولا يلزم الخلع المعهود اذا خالعت
الامة او السفيهة والصغيرة ولكن يقع الطلاق بائنا ويرد المطلق
العوض ان كان قبضه واما قوله ولا يقضي السيد بمجرد الاذن
معناه ان اذن السيد للامة في التجارة لا يستلزم الاذن في الخلع لعدم
منفعة السيد به وفي الاشراف ان الامة الماذون لها في التجارة يمضي
خلعها اذا وقع وكانه يرى ان ذلك ليس بمجرد عطية لاستلزامه
حصول المنفعة للامة وللسيد لانه قد يكون طلاقها من ذلك
الزوج احسن لها ولسيدها قال في المدونة بان في هذه المسألة ولا يتبع
به الامة ان عتقت ولعل ان مراد المولف بالامة من هو اعم من القن
الا ان ام الولد والمدبرة اذا خالعتا في مرض السيد وقف المال فان
مات السيد صح الخلع وان صح ذا ورد المال وهذا هو المشهور فان السيد
يمنع من انتزاع مالهما في مرضه واما ما حكاه المولف عن ابن القاسم
في الصغيرة بنحو في الغيبة من رواية يحيى وقال ابو بكر بن اللباد
والمعروف من قول اصحابنا ان المال مردود والخلع ماض وقال سحنون
في اليتيمة البالغ تفتدي من زوجها قبل البنا فان ذلك جائز وله ما اخذ
ولا رجوع لها فيه وقال في كتاب ابنه ومن لم يجز ما اعطته
فله الخيار وقال والصحيح لا يجوز ما بارأت به الصغيرة غير البالغ
او السفيهة ولذلك بعد موت الاب قبل البنا ويرد ما اخذ منها
ويمضي الفراق وهذا ما نصه المتقدمون في هذه المسألة وقد اكثر
المتاخرون الكلام فيه وتركنا جله خشية الاطالة ولان
اكثره جار على ما هو منصوص لاهل المذهب في الزمن الذي يحكم
فيه للبكر او المهملة بالرشد او بالسفه **وقوله** وصح الا من
المجبرة الا الاب اما الاب في حق ابنته البكر الصغيرة او البالغ فصح
الا بعنها جائز قال الباجي بلا خلاف قال بعضهم ويلحق بها البكر

المدخول بها اذا انظر فيما منها مع الزوج قال لان له الجبر على النكاح وهذا
والله تعالى اعلم هو الذي اراد المولف لنفس العاين بالمجبرة كما
نقل في اوايل كتاب النكاح واما الوصي فالمشهور كما قال المولف
ان ذلك لا يجوز له قال في المدونة باثر هذا الخلاف مساواة الوصي عن
يتيمته قال والفرق بينهما ان الوصي يزوج ابكته يتيمه ولا يستامر
ولا يزوج يتيمته حتى تستامرها فلذلك يباري عن يتيمه ولا يباري
عن يتيمته الا برضاها وعلى هذا المعنى اعتمد الشيخ الذي حكينا عنه
في المدخول بها وابطل منها مع الزوج ثم قال في المدونة وروى ابن
نافع عن ملك في صغيرة زوجها ابوها ان للخليفة ان يباري عنها
على وجه النظر ويلزمها ذلك اذا كبرت وهذا هو القول الشاذ
المقابل للمشهور فيما حكى المولف وهو احد قولي ابن القسم خارج المدونة
واذا فرع على هذا القول فاختلف في اشتراط اذنها اذا كانت بالغا
على قولين **وقوله** وعن السفيهة قولان يريد انه اختلف في صلح
الاب عن ابنته البالغ الثيب السفيهة على قولين احدهما صحة ذلك
والثاني عدم الصحة واصل المذهب المنع والاقرب في النظر ان يقال ان خشي
على مالها مما ارى يخالع عنها وان خشي على غير ذلك من سوء عشرة
ونحوها لم يجز لان النظر في المال من حق الاب والنظر فيما يتعلق
بحقوق الزوجية من المراة ولو كانت سفيهة على النكاح من
المذهب وهذا المجرور من كلام المولف يتعلق بمحذوف هو
المبتدا وخبر جملة اسمية حذف منها مجرور وهو خبرها
والمبتدا منها هو قوله قولان وهذه الجملة خبر عن المبتدا الاول
والتقدير وصلح الاب عن السفيهة فيه قولان وفي هذا الاعراب
كلام في العربية يطول بيانه **وقوله** وصلح المريضة لا يعتبر الاقدر
ميراثه يعني اذا خالعت المراة زوجها وهو صحيح على ما قال فان
كان قدر ماله ميراثه منها فاقل جاز وان كان ازيد من الثلث

بطل



بطل ما زاد وهذا هو قول ابن القسم في المدونة ورواه عن ملك
في العتبية وفي المدونة عن ملك ما نصه وان اختلعت منه في مرضها وهو
صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها ثم جا قول ابن القسم هذا بائن فاختلف
الشيوخ هل هو تفسير لقول ملك فحمله الاكثرون على ذلك بدليل ما رواه
عنه في العتبية وحمله بعضهم على الخلاف وذكر انه في كتاب محمد كذلك
وقيل انه ماض مطلقا مقابل لهذا القول وهو رواية ابن وهب عن ملك فيما
حكاه بعض المتاخرين وهذا القول هو الذي يقوله المولف بعد هذا والذي
في المواز من رواية ابن وهب وهو رواية ابن عبد الحكم هو القول الاخير
مما حكاه المولف والحاصل ان في المسئلة اربعة اقوال حكى المولف منها
ثلثة اقوال والقول الرابع هو ما حكاه ابن المواز اولا واحد التاويلين
على قول ملك في المدونة والاقرب منها جريانا على اصل المذهب قول
ابن القسم لان المنع من الطلاق حينئذ انما هو لخشية الفرار عن الورثة
بمالها فاذا اخذ منها قدر ميراثه زالت التهمة واما قول المولف ففي تعيين
يوم الموت او يوم الخلع قولان يعني به انه اذا لم يكن المزوج مما خالعها به
الا قدر ميراثه فهل المعتبر قدر ميراثه منها يوم الموت لانه حينئذ
يوم يجب الميراث او المعتبر يوم الخلع لانه موجب للتهمة حكى في ذلك قولين
ولما كانا مفرعين على قول ابن القسم وكانا كالمعلولين عنه حسن منه
ادخال الفا في قوله ففي تعيين والقول الاول من هذين القولين هو ظاهر
قول ابن القسم في المدونة والقول الثاني منهما هو مذهب ابن نافع وهو ظاهر
قول ابن القسم في رواية عيسى **وقوله** وفايدته الرجوع له وعليه ولا يتوارثان
يعني وفايدة الخلاف اي وثمرة هذين القولين تظهر في اختلاف حال مالها
بين زماني الخلع والموت وهو ظاهر التصور ونقتضي قوة كلام المولف ان
المال المخالع به اذا كان مثل الثلث فاقل انه يدفع للزوج بدليل قوله الرجوع
له وعليه ولا سيما من يعتبر يوم الخلع لا يوم الموت واختلف قول اصبغ في
ذلك وقال ابن نافع يوقف وعلى القول بانه لا يوقف فيترك بيدها على

حالة ولا تمنع من التصرف في مالها من بيع وشرا ونفقته بالمعروف
قال اللخمي وارى ان كان الخلع على دنانير او دراهم ان لا توقف وان كان
على عبد او دار ان يوقف ويمنع من بيعه والتصرف فيه فان صحت
اخذه وان ماتت كان الورثة بالخيار بين ان يجيزوه او يردوه ميراثا
لانهم شركاو ويكون على حقه في الميراث على الوفا شايعا وان كانت
قيمة ما خالع عليه اقل من قدر ميراثه لان الزوج لم يترك الفضل
الا لعوض في غير ما خالع عليه وان كان ذلك العبد او الدار افضل
مالها كان ابين في رد الورثة وهذا كلام في غاية الظهور قال
الشيخ ابو محمد عبد الحق فان حدث لها مال بعد الصلح فمن يعتبر ميراثه
ثم منها يوم الصلح لا يجعل له فيها شيا ومن يعتبر ميراثه منها يوم الموت
يجعل له قدر ميراثه منها من جميع ما عندها يوم الموت علمت به المراة او لم
تعلم وليس كالوصايا وله ذلك ما لم يجاوز ما سمته له عند الخلع ولا يزاد
عليه لانه قد كان رضي بادونه واختلف هل لها ان توصي في ذلك المال الذي
خالعت به واختار ابن المواز انها لا توصي فيه وقوله فلو خالعته لظلمه
او لضرره لها استرجاعه وينفذ الطلاق يريد فلو اعطته شيا على
ان طلقها ثم تبين ظلمه لها او اضراره بها فلها اخذ ما اعطته بعينه او عوضه
وتم الطلاق عليه وقال الشافعي لا يرد عليها شيا واستدل اهل المذهب
بقوله تعالى فان طبن لكم عن شي منه نفسا فكلوه هنيا مريا فشرط مما
تدفعه طيب النفس والمدفوع على وجه الاضرار فقد منه هذا الشرط
ولا يقال ان هذا الشرط من افعال القلوب وذلك مما لا يدركه الحكام
فتقع المولفة به لانا نقول الامارات على ما في القلوب حاصلة على ما
سنبينه فاذا فقد شرط الحلية وجب نقض العاوضة فيما يتاتى نقضه
وهو عوض الطلاق ونفوذ الطلاق لتعذر نقضه والظاهر ان ظلمه لها
واضراره لها كالمترادفين وقد عطف المولف احدهما على الاخر قال
ابن القسم وليس من الاضرار بها ان يبغضها ولا اضرار عنده الا في بضرب

او انفال



او انفال شتم في غير حق او اخذ مال او المشاتمة وقال مالك وليس عندنا
في قلة الضرر وكثرته شي معروف وقال ابن القسم في الناشز يقول
لا اصلي ولا اصوم ولا اغتسل من جنابة لا يجبر على فراقها ان شا فارقها
وحل له ما افتدت به من شي قال بعضهم يريد وان شا ادبها على ترك الصلاة
وامسكها قال اصبغ ومن الضرر الموجب لرد ما اخذ ان يوثر عليها احدا
ولا يعني بخفضها في نفسه ولا ماله وروى ابن القسم عن مالك فيمن علم من
امراته الزنا فليس له ان يضارها حتى تفتدي وقوله وتقبل شهادة
السماع يعني وتقبل في ثبوت اضراره بها وظلمه لها شهادة السماع يعني
شهادة المذكورين في الشهادة على السماع وهي بلوغ التواتر واما السماع
الفاشي عن اهل العلم وغيرهم وقوله وان شهد واحد الى اخره يعني وان
شهد واحد على حصول الضرر منه لها او امراتان على ذلك لانهما او ان
الشاهد الواحد شهد على السماع واشار بقوله لانه مال الى الجواب عن
سوال مقدر وهو ان يقال ان شهادة الشاهد الواحد او المراتين مع اليمين
انما تنفع في المال واضرار الرجل بامراته ليس بمال ولكنه يوول الى المال
وهذا اصل مختلف فيه في المذهب واختلف القرويون اذا ثبت ضرر الزوج
وقد اخذ بالدرك حميلا فقيل لها متابعة الحميل لانه ادخله في زوال
العصمة وقيل لا يرجع عليه بشي لسقوط ذلك عنها وبالقول الاول اخذ
ابن العطار من الاندلسيين والله تعالى اعلم وقوله ويجوز ان تعطيه
الى اخره قد تقدم هذا المعنى في اول كتاب النكاح فان اعطته مالا
على ان يمسكها ثم فارقها فان كان فراقه اياها بقرب العطية كان
لها ان ترجع فيما اعطته وان كان فراقه بعد ان طال الامد وما يرى انها
بلغت الغرض في مقامها لم ترجع وان طال ذلك ولم تبلغ الغرض الذي
دفعت المال لاجله كان لها من المال بقدر ذلك على التقريب فيما يرى
هذا قالوا ويقرب منه قول مالك فيمن اسقطت صداقها عن زوجها
على ان لا يتزوج عليها فطلقها بحضرة ذلك فلها ان ترجع عليه وان طلقها بعد

ذلك فيما يرى انه لا يطلقها لمكان ذلك لم ترجع عليه قال اصبغ الا ان يكون
الطلاق بحدثان الصدقة ليمين نزلت ولم تتعمد ولم يستانف اليمين فلا شي
عليه وراى بعض الشيوخ ان لها الرجوع في عطيتها ولو كان الطلاق ليمين
حنث فيها ويشهد لطلاق المريض ويقرب من هذا ايضا ما افتى به الشيوخ
فيمن سلفت زوجها مالا واجلته به اجلا طويلا ثم طلقها فقد قالوا لها
ان ترجع فيه ونظاير هذا كثيرة وكلام المولف ظاهر التصور وقوله
العوض شرطه الى اخره وهذا ايضا ظاهر لان الذي تعطيه المراة وغيرها في
الخلع انما هو عوض عن حل العصمة فاذا كانت العصمة منحلة كالبائنة
والمولاة فاعطا العوض حينيذ انما هو تحصيل الحاصل وهي لا منفعة لها
فيه واما الرجعية فالعصمة في حقها باقية ويمكن ارداف الطلاق
عليها فلذلك جاز خلعها ويلحقها الظهار منها ولا يلحق من البائنة والمولاة
ويلحقه بها الحنث ولا يلحقه فيهما الى غير ذلك من المسائل ومن تحقيق
الشرط الذي ذكره المولف ما نص عليه في كتاب ابن المواز وابن سحنون
في امراة فقدت فبذل ابوها مالا للزوج على طلاقها ففعل ثم قال الاب
لعلها ماتت قبل هذا فرد علي ما اخذت فانه يوقف المال فان عمي امرها
سبيل وقف لا تحيى الى مثله فذلك للزوج وان تبين انها ماتت قبل الفراق اخذه
الاب وورثها الزوج وان مات الزوج قبل ذلك لم يوقف من ميراثها شي كشف
لانه مات بعد ان طلق ان كانت حية او مات بعد موتها قال ابن المواز الا ترى
ان ينزع ذلك من يد الزوج حتى يتبين باطل ما قبض بان تقوم بينة قبل الطلاق
الا ترى انها لو كانت واقعة ما منعه نكاح غيرها لان فراقه بائن وسابق
بقية هذا المعنى حين تمم المولف بقوله فان تبين به عيب خيار وقوله
العوض شرطه ان يكون متمولا يعني ان عوض العصمة الذي تدفعه الزوجة
او غيرها للزوج لا يشترط فيه ما يشترط في اكثر الاعواض كما في
البيع والاجارة بل يصح ان يكون غررا ولا ينبغي ان يكون مراده ما يعطيه
ظاهر لفظه ان غير المال لا يصح ان يكون عوضا للعصمة وقد اجازوا الخلع على

ان يعو



كالخلع على امراة عبدها قاله مالك وربيعة وغيرهم وقال ابن الماجشون ان جعل خلعها
خروجها الى امها لازم وغير ذلك من المسائل نعم لو بحث عن كثير
تلك المسائل لوجد اكثرها مما لا تصح فيه المعاوضة بالمال وان لم تكن
من المال وقوله ويغتفر الغرر والجهالة الى اخره كلامه يدل على
جواز ابتدا والغرر كالعبد الابق والثمرة التي لم يبد صلاحها والجهالة
مثل ما ذكره من نفقة الحمل وان كان على ان الجنين قد يدخل في لفظ
الغرر الا ترى انهم اذا تكلموا على المنع من بيع ذلك استدلوا عليه بنهيه
صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ولفظ الجنين معطوف على نفقته او على ما
قبلها وقيد المشهور راجع الى جميع ما ذكره لا الى الجنين خاصة لان
الخلاف في الجميع ولم يذكر المولف مقابل المشهور والاقرب انه اراد به
المنع على التحريم لانه مقابل المغتفر حقيقة لان التقدير يغتفر كذا
على المشهور وعلى الشاذ لا يغتفر وذكر بعضهم في هذا الفصل اربعة
اقوال الجواز والتحريم والكراهة والجواز في الغرر الذي يقدر على ظاهر
ازالته وعدم الجواز فيما لا يقدر على ازالته والقول بالكراهة خرج
مذهب اصبغ واحد قولي ابن القسم واذا فرع على القول بالتحريم فوقع ما
بطل الحرام والزام الطلاق فقيل لا يرجع بشي وقيل لا يرجع بخلع المثل اذا
بطل الجميع واذا ابطل البعض رجع بما ينوب ذلك البعض من خلع المثل
ومعنى قول المولف بخلاف الصداق اي ان العوض في النكاح لا يجوز فيه
هذا النوع من الغرر والجهالة وانما يجوز فيه القدر الذي تقدم في
كتاب النكاح وقوله ولا يجوز بحرام كالخمر فان قلت قوله
لا يجوز بحرام تحصيل الحاصل الا ترى ان مراده من ذلك الجواز الاقدام
على هذا الخلع ابتدا وليس مراده بعد الوقوع الا ترى انه تكلم على ذلك
فلم يبق الا ان يكون مراده من ذلك جواز الاقدام ما قلناه وذلك معلوم
قطعا انه لا يجوز المعاوضة على الخمر والخنزير وما في معناهما قلت لما قدم
الكلام على انه يغتفر بالغرر والجهالة وقد علم ان كل واحد منهما لا يصح ان

يعاوض به في البيع خشي ان يتوهم مساواة الخمر وشبهه لذلك فبين حكمه
هنا فان قلت تحصيل الحاصل وان لم يكن حاصلا من هذا الوجه للجواب
الذي ذكرته لكنه حاصل من وجه اخر وهو انه قدم ان شرط العوض
ان يكون متمولا وقد علم ان الخمر وشبهه ليس بمتمول فقد فات شرط العوضية
عنه فلا يحتاج الى ان يقول ولا يجوز بحرام كخمر لتقدم العلة به قريبا
قلت الشرطية السابقة تحتمل ان تكون في جواز الاقدام دون النفوذ
وتحتمل ان يكون في جواز الاقدام وفي نفوذ الحكم فما لم تكن في تفصيل
احكام تلك الشرطية تكرار لانه ما تقدم ذكرها الا مجملة واما قوله
فينفذ فيعني به ويلزم الطلاق بائنا ولا اعلم بينهم خلافا نصوصا الا ما
يقوله الان من قول مطرف واما قوله والنص وليس له فيه شي فيحتمل ان يريد به
وليس له في الخمر شي ولا اشكال في ذلك بل تكسر الخمر وتقتل الخنازير او
تسرح على الخلاف الذي في هذا الاصل ولفظة في حينئذ على ظاهرها
من الظرفية ويحتمل ان يريد وليس له في عوض الخمر شي لا صداق المثل ولا خلع
المثل ولا غير ذلك وتكون لفظة في حينئذ سببية كما قيل في قوله
صلى الله عليه وسلم في النفس المومنة مائة من الابل فان قلت هلا ثبات الواو
من قول المولف وليس معنى وهلا اسقطها كما في او النص ليس له فيه شي قلت
له معنى وهو ما تعطيه الواو من الجمع وذلك ان هذا النص حاصل مع نفوذ
الطلاق ولو اسقط الواو لاحتمل ان يقال هذا النص انما يحسن على تقدير
ان يقال ان الطلاق لا ينفذ او ينفذ ولكنه يقع رجعيا وقد حكى بعضهم
عن مطرف انه يقول في هذا الاصل انه اذا لم يصح له ما عاوض عليه تكون
الطلقة رجعية وهو قول ابي حنيفة واما تراق الخمر كما قلنا اذا
عثر عليها قبل التخلل فان لم يعثر عليها حتى تخللت بيد الزوج
فقال ابن القسم انها قد عادت حلالا وسواء كانت الزوجة
مسلمة او نصرانية **وقوله** ولذلك على ان تخرج من المسكن
يعني ان سكنى المعتدة في موضعها من حق الله تعالى لا يجوز اسقاطه
عن

ان تعوضوا لا عن غير عوض فالمعاوضة عليها كالمعاوضة على الخمر
قال في المدونة وان خالعها على ان لا سكنى لها عليه فان اراد الزامها
كرا المسكن جاز وذلك ان كان المسكن لغيره او كان له وسمى
الكرا وان كان على ان تخرج من مسكنه تم الخلع ولم تخرج ولا كرا
له عليها قال ابن نافع عن مالك في كتاب الطلاق من سماعه فيمن يحلى ابن حارث
اذا خالع امراته على ان لا نفقة عليه ولا سكنى ولا رضاع قال يلزمه
ذلك وابن القسم يخالفه في السكنى **وقوله** او على ان تسلفه او يعجل
له دينا مطلقا او يعجل لها ما لا يجب قبوله فلذلك هذه الصور الثلاث
وقع فيها الخلع على شرط السلف فهو سلف جر منفعة وهو بين في الصورة
الاولى وكذلك الصورة الثانية والثالثة على اصل المشهور في ان الذمة
لا تبرا وانها تقتضيه من نفسها واما على القول ببراة الذمة وان ما في
ما في الذمة يجوز قبل الاجل فيجوز الخلع والتعجيل كما لو حل الاجل وحكم
الطلاق هنا راجع الى الدين ومضاه سواء كان دنانير او دراهم او غير
ذلك سلفا كان او بيعا والصورة الثالثة من معنى الثانية الا انها
لا تعم الديون كما اشار اليه المولف بل هي خاصة بما عدى الدنانير والدراهم
والسلف وامتازت الصورة الاولى عن الثانية والثالثة بان السلف فيها
حقيقي وفيهما حكمي وبانها متفق عليها وهما مختلف فيهما وعن الثالثة
بخصوصية بان الثلثة المسلف فيها الرجل وفي الاولى والثانية المسلف
فيهما المراة الا انه اذا كان الرجل هو المسلف لا يتبين سلف جر
منفعة ويكون الحكم فيهما لو طلق واعطى واما قول المولف
واما لو عجل ما يجب قبوله فقد طلق واعطى فظاهر المعنى ولذلك قوله
على ان تؤخر دينا وقد تقدم الكلام على ما اذا طلق واعطى وذكر ابن
المواز وابن سحنون فيمن صالح امراته على ان وضع عنها من دين له عليها على
ان عجلت عطل التعجيل والوضيعة وتم الفراق وان كان على ان يعجل
لها العود بنظر صغار عنه بقيته قال مالك فالوضيعة باقية

وترد عليه ما عجل لها لتاخيره عنه اذ اخر لجله [illegible] عبد الملك وكذا لو
ان وخرته ببعضه واسقطت بعض [illegible] بطل التاخير
والوضيعة وبقي الدين بكماله الى اجله وينفذ الطلاق قال ابن يونس
ومن تزوج بعشرة نقدا وعشرين الى اجل فصالحته قبل البنا وقبل النقد
على ان عجل لها العشرة النقد واسقطت العشرين لم يجز ذلك وجاز
الطلاق وترد اليه خمسة تاخذها منه اذا حل الاجل [illegible] على نسبة
نقدا الى خمسة عشر فلترد اليه ما زاد على خمسة لتاخذها منه اذا حل
الاجل لان الفراق يوجب لها خمسة نقدا وعشرة الى اجل فالوضيعة
تلزمها والتعجيل يسقط عنه قال عبد الملك وان صالحته على ان تحلت عنه
بما يسقط الحمالة وجاز الطلاق لان الحمالة من السلف [illegible] جميلة
قلت وجميع هذه الفروع التي حكيناها عن ابن يونس وابن [illegible] وان
جارية على اصل مشهور يظهر ذلك بادني تامل واما قول المولف وخرج
اللخمي خلع المثل ايضا اذا وقع الخلع على الصورة التي [illegible] في هذا الفصل
فينفذ الطلاق بائنا ولا يكون للزوج الرجوع [illegible] فيما تقدم
وخرج اللخمي ان الرجل يرجع على المراة بخلع المثل ولا تبطل الكلام بالتطرق
لوجود الخلاف فيه منصوصا في هذا الفصل كما قدمناه في اول الفصل
على ما حكاه بعض المتاخرين والله تعالى اعلم وقوله ولو خالعته
بحلال وحرام سقط الحرام لما قدم الكلام على الخلع الواقع بالحلال وعلى
الخلع اذا وقع بحرام اذا وقع كل واحد منهما منفردا تكلم هنا
على ما اذا وقع بهما وحرام معا قال في المدونة جاز منه الحلال
وبطل الحرام وهو [illegible] اراد المولف واشار بعضهم الى انه يجري على
القول بوجوب خلع المثل اذا وقع الخلع بالحرام وحده ان يرجع هنا
بما قابل الحرام من خلع المثل وهذا انما يظهر اذا كان القائل بذلك
يرى في الصفقة اذا جمعت حلالا وحراما انه يمضي الحلال ويبطل
الحرام اما اذا كان يرى انه يبطل الجميع فيعم ما قال هذا الشيخ